

Volker Zündorf

Die Ablösung der Staatsleistungen
an die Religionsgesellschaften
unter dem Grundgesetz

1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555402_0041

DIE ABLÖSUNG DER STAATSL EISTUNGEN AN DIE
RELIGIONSGESELLSCHAFTEN UNTER DEM GRUNDGESETZ

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Volker Zündorf aus Jena
1967



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Klein

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Scupin

Dekan: Prof. Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 4. März 1967

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Einleitung	1
I. Art. 138 I im Gefüge des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes	4
II. Entstehungsgeschichte des Art. 138 I	8
I. Kapitel: Ablösung und Ablösungsgegenstand	11
I. Ablösung	11
1. Der Ablösungsbegriff	11
2. Die zulässigen Ablösungsmittel	16
3. Die Ablösungsforderung und das Anliegen des Art. 138 I	20
II. Die abzulösenden Rechtsgrundlagen	21
1. Systematisches	22
2. Gesetz	25
3. Besonderer Rechtstitel	28
4. Das Herkommen	30
5. Ausblick	32
III. Der Gegenstand der abzulösenden Rechtsgrundlagen	33
1. Staatsleistungen	34
a) Leistungen	34
b) Leistungspflicht und Leistungsanspruch; Herkunft der Mittel	36
c) Unbefristete Leistungen	39
d) Leistungen des Staates	42
e) Die Arten der Staatsleistungen	47
2. Religionsgesellschaften	52
3. Leistungen an die Religionsgesellschaften	56
II. Kapitel: Die Kompetenzen des Art. 138 I	61
I. Das Bestehen einer Kompetenz sowohl des Bundes als auch der Länder	61
II. Die Auslegung des Art. 138 I im Hinblick auf den Inhalt der beiden Kompetenzen	64

1. Abgrenzung der beiden Kompetenzen voneinander	64
2. Ablösung durch die Landesgesetzgebung	66
3. Gesetzgebungskompetenz des Bundes	71
4. Der Verfassungsbefehl des Art. 138 I	75
III. Die Reihenfolge der Wahrnehmung der beiden Kompetenzen	77
1. Die vertretenen Lösungen	77
2. Ermittlung der Reihenfolge durch Auslegung des Art. 138 I	79
IV. Einordnung der Bundeskompetenz in das System der Gesetzgebungszuständigkeiten des Grundgesetzes	83
1. Art. 138 I 2 - in Weimar ein Fall der Grundsatzkompetenz des Reiches	84
2. Vergleich von Grundsatzkompetenz und Rahmenkompetenz für Art. 138 I 2	87
3. Art. 138 I 2 als "ausschließliche Grundsatzkompetenz des Bundes"	95
III. Kapitel: Die Garantiefunktion des Art. 138 I	109
I. Garantiefunktion und Ablösung	109
1. Die Garantien des Art. 138 I und der Einfluß des Wegfalls des Art. 173 WV	110
2. Der Beginn der Garantien und der für den zahlenmäßigen Umfang der abzulösenden Rechtsgrundlagen entscheidende Zeitraum	114
3. Der Einfluß der Wechselbeziehung zwischen den drei Garantien auf den inhaltlichen Umfang der Staats- und der Ablösungsleistungen	118
II. Die Möglichkeit der Beendigung von (an sich) unter Art. 138 I fallenden Rechtsgrundlagen und Staatsleistungen auch ohne Ablösung	121
1. Unmöglich gewordene Leistungen	122
2. Das Patronatsrecht	126
3. Der Verzicht einer Religionsgesellschaft auf die Rechtsstellung des Art. 138 I und die Möglichkeit einer Umgehung dieser Vorschrift	128

III. Die Aufhebung von Rechtsgrundlagen
durch den Staat vor Inkrafttreten
des Grundgesetzes 131

IV. Die Rechtsnatur der Garantien und die
aus ihnen folgenden Rechte der Re-
ligionsgesellschaften 137

IV. Kapitel: Zusammenfassende Würdigung des
Art. 138 I 145

Literaturverzeichnis

- Abel, Gunther Die Bedeutung der Lehre von den
Einrichtungsgarantien für die
Auslegung des Bonner Grundgesetzes
Berlin 1964
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen
Reiches vom 11. August 1919
Kommentar
14. Aufl. Berlin 1933
Nachdruck Bad Homburg v.d.Höhe 1960
- Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts
Bd. I, Tübingen 1930
Bd. II, Tübingen 1932
- Bachof, Otto Verfassungswidrige Verfassungs-
normen
Recht und Staat, H. 163/164
Tübingen 1951
- Bayer, Hermann-Wilfried Die Bundestreue
Tübingen 1961
- Beier, Walter Ist durch die Revolution, die neuen
Verfassungen des Deutschen Reiches
und des Landes Preußen und das
neue preußische Konkordat eine
Änderung in den rechtlichen Ver-
hältnissen der römischen Kurie
zu Preußen eingetreten ?
Diss.jur. Breslau 1932
- Berber, Friedrich Lehrbuch des Völkerrechts
Bd. I: Allgemeines Friedensrecht
München und Berlin 1960
- Berner, D. Die Staatsleistungen an die Reli-
gionsgesellschaften
in: RuPrVwBl 1930, S. 83 ff.
- Bertram Bericht im Deutschen Bundestag
im Jahre 1951
in: Verhandlungen des Deutschen
Bundestages, I. Wahlperiode,
Sten.Ber. Bd. 8, 158. Sitzung v.
9.7.1951, S. 6337 f.
- Beulke, Eckart Bonner Grundgesetz und die Parität
der Kirchen
in: ZevKR Bd. 6(1957/58), S. 127 ff.
- Beyer, Wilhelm R. Das Wesen der Rahmenvorschrifts-
gesetzgebung
in: NJW 1957, S. 1348 f.

- Bohn-Bruhn Der Lastenausgleich
Baden-Baden 1952
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
bearbeitet u.a. von Bühler,
Dennewitz, Herrfahrdt, Holtkotten
und Wernicke
Hamburg 1950 ff.
- Bredt, Joh.Victor Neues evangelisches Kirchenrecht
für Preußen
2. Bd.: Die Rechtslage nach 1918
Berlin 1922
- Breitfeld, Artur: Die vermögensrechtlichen Auseinan-
dersetzungen zwischen Staat und
Kirche in Preußen auf der Grundlage
der Reichsverfassung.
Abhandlungen aus dem Staats- und
Verwaltungsrecht, H. 41,
Breslau 1929
- Brennberger, Ulrich Kultusbaulast und Kriegsschäden
in: ZevKR Bd. 2 (1952/53), S. 329 ff.
- Conrad Die Erhöhung der Staatsleistungen
an die Religionsgesellschaften
in: DJZ 1923, Sp. 217 ff.
- Dahm, Georg Völkerrecht
Bd. I Stuttgart 1958
Bd. III Stuttgart 1961
- Der große Brockhaus Bd. I, A - Beo
16. Aufl. Wiesbaden 1952
- Dernburg, Heinrich Lehrbuch des Preußischen Privat-
rechts
Bd. I: Die Allgemeinen Lehren und
das Sachenrecht
5. Aufl. Halle 1894
- ders. Pandekten
1. Bd.
5. Aufl. Berlin 1896
- Dernedde, G. Der Bund und die Länder
in: DVBl 1949, S. 315 ff.
- v.Doemming-Füßlein-Matz Entstehungsgeschichte der Artikel
des Grundgesetzes
in: JÖR N.F. Bd. 1 (1951)
- Duske, Johannes Die Dotationspflicht des Preußischen
Staates für die allgemeine Verwal-
tung der Evangelischen Kirche der
altpreußischen Union
Berlin 1929

- Ebers, Godehard Josef Grundriß des katholischen Kirchenrechts
Wien 1950
- ders. Staat und Kirche im neuen Deutschland
München 1930
- Eichmann-Mörsdorf Lehrbuch des Kirchenrechts auf
Grund des Codex Iuris Canonici
Bd. II
7. Aufl. Paderborn 1953
- Erler, Adalbert Kirchenrecht
3. Aufl.
München und Berlin 1965
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
3. Aufl.
München und Berlin 1962
- Feldmann- Geisel Deutsches Verfassungsrecht des
Bundes und der Länder
Stuttgart 1954
- Fischer, Erwin Trennung von Staat und Kirche
München 1964
- Fittges, Rudolf Die Dotationsverpflichtung des
Preußischen Staates gegen die katho-
lische Kirche und ihre Ablösung.
Diss.jur. Köln 1932
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Bd. I
8. Aufl. München u. Berlin 1961
- Friedrich, Otto Buchbesprechung (Weber, Werner:
Die Ablösung der Staatsleistungen
an die Religionsgesellschaften)
in: ZevKR Bd. 1(1951), S. 101 f.
- ders. Einführung in das Kirchenrecht
Göttingen 1961
- Fürstenau Urteilsanmerkung zu
RG JW 1927, S. 1253
in: JW 1927, S. 1253
- Fußlein, Rudolf Werner Vereins- und Versammlungsfreiheit
in: Neumann-Nipperdey-Scheuner:
Die Grundrechte, Bd. II, Berlin
1954, S. 425 ff.
- Gebhard, Ludwig Handkommentar zur Verfassung des
Deutschen Reiches
München, Berlin, Leipzig, 1932

- Geller-Kleinrahm-Fleck Die Verfassung des Landes Nord-
rhein - Westfalen
2. Aufl. Göttingen 1963
- Giese, Friedrich Die Verfassung des Deutschen Reiches
Kommentar
8. Aufl. Berlin 1931
- ders. Die hessischen Staatsleistungen
zugunsten der Evangelischen Landes-
kirche
in: VerwArch Bd. 39(1934), S. 189 ff.
- Giese-Schunck Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland
7. Aufl. Frankfurt/M. 1965
- Glade, Hans Die verfassungsrechtliche Grundlage
für die Staatsleistungen an die
Religionsgesellschaften
Diss.jur. Göttingen 1932
- Grewe, Wilhelm Ein Besatzungsstatut für Deutsch-
land
Stuttgart 1948
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesre-
publik Deutschland vom 23.Mai 1949
Kommentar
2. Aufl. Neuwied u. Berlin 1960
- Harder, Jürgen Die katholischen und evangelischen
Staatspatronate in Deutschland
in: ArchKathKR Bd. 127(1955),
S. 6 ff. und 313 ff.
- Harmening-Duden Die Währungsgesetze
München und Berlin 1949
- Hartung, Fritz Deutsche Verfassungsgeschichte
7. Aufl. Stuttgart 1959
- Heckel, Johannes Budgetäre Ausgabeninitiative
im Reichstag zugunsten eines
Reichskultusfonds
in: AÖR N.F. 12 (1927), S. 420 ff.
- ders. Buchbesprechung (Breitfeld, Artur:
Die vermögensrechtliche Ausein-
dersetzung zwischen Staat und
Kirche in Preußen auf der Grundlage
der Reichsverfassung)
in: Zeitschrift der Savigny-Stif-
tung, kanonistische Abteilung,
Bd. 50(1930), S. 858 ff.
- ders. Die Besetzung fiskalischer Patro-
natsstellen in der Evangelischen
Landeskirche und in den katholi-
schen Diözesen Altpreußens
in: Zeitschrift der Savigny-Stif-
tung, kanonistische Abteilung,
Bd. 46 (1926), S. 200 ff.
zit.: Heckel, Patronate

- ders. Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931
in: VerwArch Bd. 37(1932), S. 280 ff.
- Heeger, Hans-Otto Die Rahmengesetzgebung, ihr Inhalt und ihre Auswirkung
Diss.jur. Münster 1962
- Hermanns, Karl-August Geschichtliche Entwicklung und Rechtsgrundlagen der Staatsleistungen an die evangelische Kirche unter besonderer Berücksichtigung der niederrheinischen Gebiete
Diss.jur. Köln 1954
- Hesse, Konrad Schematische Parität der Religionsgesellschaften nach dem Bonner Grundgesetz?
Zum Urt. des OVG Berlin vom 25.2.1953 (OVG I B 28-52)
in: ZevKR Bd. 3(1953/54), S. 188 ff.
- ders. Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich
Göttingen 1956
- ders. Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945
in: JÖR N.F. 10 (1961), S. 3 ff.
- Hofmann, Werner Ablösung oder Anpassung der Kultusbau last des Staates
in: ZevKR Bd. 10(1963/64), S. 369 ff.
- Hollôs, Franz Tibor Staatskirchenrecht
Erlangen 1948
- Holstein, Günther Über die Rechtsgrundlagen der Staatsleistungen an die evangelischen Landeskirchen Deutschlands
in: AÖR N.F. 18 (1930), S. 161 ff.
- Huber, Ernst-Rudolf Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung
Tübingen 1927
- ders. Die Ablösung der auf Vertrag beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften
in: pr.Pfarrarchiv Bd. 18(1930), S. 6 ff.
- ders. Buchbesprechung (Breitfeld, Artur: Die vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Staat und Kirche in Preußen auf der Grundlage der Reichsverfassung)
in: AÖR N.F. 18(1930), S. 147 ff.

- ders. Verträge zwischen Staat und Kirche
im Deutschen Reich
in: Abhandlungen aus dem Staats-
und Verwaltungsrecht, H. 44
Breslau 1930
- ders. Bedeutungswandel der Grundrechte
in: AÖR N.F. 23(1933), S. 1 ff.
- ders. Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit
Bd. II
Tübingen 1951
- Hubrich, Eduard Das demokratische Verfassungsrecht
des Deutschen Reiches
Greifswald 1921
- Israel, Carl Reich - Staat - Kirche
Zwei Studien zu den kirchenrecht-
lichen Bestimmungen der Reichs-
verfassung
Berlin 1926
- Karpfhammer, Hans Die staatlichen Leistungen an die
Religionsgesellschaften in Bayern
Diss.jur. München 1928
- Kern, Eduard Staat und Kirche in der Gegenwart
Hamburg, Berlin, Bonn 1951
- Klein, Friedrich Institutionelle Garantien und
Rechtsinstitutsgarantien
Abhandlungen aus dem Staats- und
Verwaltungsrecht, H. 49
Breslau 1934
- ders. Verordnungsermächtigungen nach
deutschem Verfassungsrecht
in: Die Übertragung rechtsetzender
Gewalt im Rechtsstaat, S. 7 ff.
Frankfurt/M. 1952
- Koch, C.F. Allgemeines Landrecht für die
preußischen Staaten
Kommentar
Bd. I
5. Aufl. Berlin u. Leipzig 1894
- Koellreutter, Otto Die Beiträge des Staates zu den
kirchlichen Verwaltungskosten
in: AÖR N.F. 15 (1928), S. 1 ff.
- Koeniger, Albert M. Die neuen deutschen Konkordate und
Kirchenverträge
Bonn und Köln 1932
Neudruck Amsterdam 1963
- Koeniger-Giese Grundzüge des katholischen Kirchen-
rechts und des Staatskirchenrechts
2. Aufl. Bonn u. Köln 1932

- Kratzer, J. "Das Nähere regelt ein Bundesgesetz"
in: DVBl 1952, S. 431 f.
- Kreß, Joseph Ist der bayerische Staat zu den
Leistungen an die katholische
Seelsorgegeistlichkeit rechtlich
verpflichtet?
München 1930
- Landmann-Rohmer Gewerbeordnung
12. Aufl. Berlin 1964 ff.
- Lang, Theophil Welche Leistungen des Badischen
Staates an die Vereinigte evange-
lisch-protestantische Landeskirche
Badens genießen den Schutz der
Artikel 138, 173 der Reichsver-
fassung?
Veröffentlichungen des Vereins
für Kirchengeschichte in der
evangelischen Landeskirche Badens
H. 6
Lahr i. Baden 1931
- Lehmann, Jürgen Die kleinen Religionsgesellschaften
des öffentlichen Rechts im heutigen
Staatskirchenrecht
Oldenstadt 1959
- Liermann, Hans Deutsches evangelisches Kirchenrecht
Stuttgart 1933
- ders. Staat und evangelisch-protestanti-
sche Landeskirche in Baden während
und nach der Staatsumwälzung von
1918
Veröffentlichungen des Vereins
für Kirchengeschichte in der
evangelischen Landeskirche Badens
H. 2
Lahr i. Baden 1929
- v. Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz
Kommentar
Berlin u. Frankfurt 1953
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz
Kommentar
2. Aufl.
Bd. I Berlin u. Frankfurt 1957
Bd. II Berlin u. Frankfurt 1964
- Maunz, Theodor Rahmengesetze des Bundes
in: BayVerwBl 1955, S. 2 ff.
- ders. Deutsches Staatsrecht
15. Aufl. München u. Berlin 1966

- Maunz-Dürig Grundgesetz
Kommentar
2. Bde.
München u. Berlin 1958 ff.
- Meißner, Otto Das neue Staatsrecht des Reiches
und seiner Länder
Berlin 1921
- Mess Muß der Staat seine Leistungen an
die Religionsgesellschaften der
Geldentwertung entsprechend er-
höhen?
in: DJZ 1923, Sp. 337 ff.
- Mikat, Paul Kirchen und Religionsgesellschaften
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner:
Die Grundrechte, Bd. IV, 1. Halbb.
Berlin 1960, S. 111 ff.
- ders. Das Verhältnis von Kirche und Staat
in der Bundesrepublik
Berlin 1964
- Millack, Christian Der Begriff "öffentlich-rechtliche
Religionsgesellschaften"
in: RiA 1961, S. 20 ff.
- Mosler, Hermann Die völkerrechtliche Wirkung bun-
desstaatlicher Verfassungen
in: Festschrift für Richard Thoma,
Tübingen 1950, S. 129 ff.
- Nawiasky-Lechner Die Verfassung des Freistaates
Bayern
Ergänzungsband
München 1953
- Niedner, Johannes Die Ausgaben des preußischen
Staates für die evangelische Lan-
deskirche der älteren Provinzen
Stuttgart 1904
Neudruck Amsterdam 1963
- Peters, Hans Das Gesetzgebungsrecht der Länder
und Provinzen
in: NJ 1947, S. 2 ff.
- ders. Die Gegenwartslage des Staatskir-
chenrechts
Mitbericht auf der Marburger Staats-
rechtslehrertagung von 1952
in: VVDStRL, H. 11, S. 177 ff.
- Poetzsch-Heffter, Fritz Handkommentar der Reichsverfassung
3. Aufl. Berlin 1928
- Reicke, S. "Patronat"
in: RGG, Bd. V, Sp. 156 ff.

- Die Religion in
Geschichte und Gegenwart Handwörterbuch für Theologie und
Religionswissenschaft, hrsg. von
Kurt Galling
3. Aufl.
Bd. V, P-Se, Tübingen 1961
Bd. VI, Sh-Z, Tübingen 1962
- Ridder, Helmut Staatliche Wiederaufbaupflichten
gegenüber den Domkapiteln und
bischöflichen Stühlen in ehemals
preußischem Gebiet
Rechtsgutachten
in: AÖR 80(1955/56), S. 128 ff.
- Rohlfing-Kiskalt-Wolff Handkommentar zur Gewerbeordnung
3. Aufl. Berlin u. Frankfurt/M. 1961
- Sasse, Christoph Die verfassungsrechtliche Problema-
tik von Steuerreformen
in: AÖR 85(1960), S. 423 ff.
- Schack, Friedrich Die gesetzesvertretenden Verord-
nungen
in: DÖV 1962, S. 652 ff.
- Scheffler, Gerhard Die Stellung der Kirche im Staat
nach Art. 140 GG in Verbindung mit
Art. 137 WV
Hektographierte Veröffentlichungen
der Forschungsstelle für Völker-
recht und ausländisches öffent-
liches Recht der Universität
Hamburg, H. 42
Hamburg 1964
- Scheuner, Ulrich Die institutionellen Garantien
des Grundgesetzes
in: Recht-Staat-Wirtschaft,
Bd. IV, S. 88 ff.
Düsseldorf 1953
- ders. Die Funktionsnachfolge und das
Problem der staatsrechtlichen
Kontinuität
in: Festschrift für Nawlasky, S. 9 ff.
München 1956
- Schlief, Karl-Eugen Die Entwicklung des Verhältnisses
von Staat und Kirche und seine Aus-
gestaltung im Bonner Grundgesetz
Diss.jur.Münster 1961
- Schmitt, Carl Freiheitsrechte und institutionelle
Garantien der Reichsverfassung
Berlin 1932
- ders. Verfassungslehre
München und Leipzig 1928
unveränd. Neudruck Berlin 1954

- Schmitt, Josef Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften Freiburg i. Breisgau 1921
- ders. Die Selbstverwaltung der Religionsgesellschaften nach Art. 137 III der neuen Reichsverfassung in: AÖR N.F. 3(1922), S. 1 ff.
- ders. Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen in: ArchKathKR Bd. 115(1935), S. 3-52 und 341-388
- Schoen, Paul Der Staat und die Religionsgesellschaften in der Gegenwart in: VerwArch Bd. 29(1922), S. 1 ff.
- ders. Das neue Verfassungsrecht der evangelischen Landeskirchen in Preußen Berlin 1929
- Schöppe, Lothar Die gegenwärtige Lage der vertraglichen Beziehungen zwischen dem Hl. Stuhl und Deutschland in rechtlicher und politischer Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach der Gültigkeit des Reichskonkordats von 1933 Diss.jur. Kiel 1956
- ders. Konkordate seit 1800 Frankfurt/M. u. Berlin 1964
- Schultze, Alfred Die kirchenrechtliche Judikatur des Reichsgerichts in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, hrsg. von Otto Schreiber, Bd. I, S. 278 ff. Berlin und Leipzig 1929
- Schunck-de Clerck Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar Siegburg 1961
- Smend, Rudolf Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz in: ZevKR Bd. 1 (1951), S. 4 ff.
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen I. Bd. §§ 243-432 bearbeitet von Reimer Schmidt Stuttgart 1959
- Spreng-Birn-Feuchte Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg Kommentar Stuttgart und Köln 1954

- Stödter, Rolf Deutschlands Rechtslage
Hamburg 1948
- Süsterhenn, Adolf Zur staatskirchenrechtlichen
Stellung kirchlicher Hochschulen
in: DVBl 1961, S. 181 ff.
- Süsterhenn-Schäfer Kommentar der Verfassung für
Rheinland-Pfalz
Koblenz 1951
- Tigges, Siegfried Die Ablösung der Staatsleistungen
an die Religionsgesellschaften
im Lande Nordrhein-Westfalen
Diss.jur. Köln 1957
- Triepel, Heinrich Streitigkeiten zwischen Reich und
Ländern
in: Festgabe für Kahl
Tübingen 1923
- Ule, Carl Hermann Verwaltungsprozeßrecht
3. Aufl. München u. Berlin 1963
- Vogels, Alois Die Verfassung für das Land
Nordrhein-Westfalen
Handkommentar
Stuttgart und Köln 1951
- Weber, Werner Die Ablösung der Staatsleistungen
an die Religionsgesellschaften
Suttgart 1948
- ders. Die Gegenwartslage des Staatskirchen-
rechts
Bericht auf der Marburger Staats-
rechtslehrertagung von 1952
in: VVDStRL, H. 11, S. 153 ff.
- ders. Die deutschen Konkordate und
Kirchenverträge der Gegenwart
Göttingen 1962
- ders. Zur Mitwirkung des Bundes beim
Abschluß von Länderkonkordaten
in: DÖV 1965, S. 44 ff.
- ders. "Parität"
in: RGG, Band V, Sp. 113 f.
- ders. "Staatsleistungen an die Kirchen"
in: RGG, Band VI, Sp. 316 ff.
- Wengler, Wilhelm Völkerrecht
Bd. I
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1964
- Wenner, Joseph Reichskonkordat und Länderkonkor-
date
7. Aufl. Paderborn 1964

- | | |
|--------------------|--|
| Wolff, Hans J. | Verwaltungsrecht I
6. Aufl. München u. Berlin 1965 |
| Zinn, Georg-August | Der <u>Bund und die Länder</u>
<u>in:</u> AÖR 75(1949), S. 291 ff. |
| ders. | Erhaltung und Fortbildung der
deutschen <u>Rechtseinheit</u>
<u>in:</u> NJW 1949, S. 684 ff. |
| Zinn-Stein | Die Verfassung des Landes Hessen
Kommentar
Bd. 1
Bad Homburg v.d.Höhe u. Berlin 1954 |

Abkürzungen

ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
ArchKathKR	Archiv für katholisches Kirchenrecht
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayVerwBl	Bayrische Verwaltungsblätter
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
HdbDStR	Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
KirchE	Entscheidungen in Kirchensachen seit 1946
LAG	Lastenausgleichsgesetz
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LS	Leitsatz
LVG	Landesverwaltungsgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW	Nordrhein-Westfalen

OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
prOVG	preußisches Oberverwaltungsgericht
RFH	Reichsfinanzhof
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGG	Die Religion in Geschichte und Gegenwart
RiA	Das Recht im Amt
RK	Reichskonkordat
RVwBl = RuPrVwBl	Reichs-(und Preußisches)Verwaltungsblatt
StGH	Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich
UmstG	Umstellungsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Warn	Warneyers Rechtsprechung
WV	Weimarer Verfassung
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

Einleitung

=====

Die Vorschriften über die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften waren in der Weimarer Verfassung in den Art. 138 I und 173 enthalten. Art. 138 I WV lautete:

"Die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften werden durch die Landesgesetzgebung abgelöst. Die Grundsätze hierfür stellt das Reich auf."

Er ist durch die Vorschrift des Art. 140 GG:

"Die Bestimmungen der Artikel 136, 137, 138, 139 und 141 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919 sind Bestandteile dieses Grundgesetzes."

ins Grundgesetz übernommen und durch die Erklärung zum "Bestandteil dieses Grundgesetzes" geltendes Bundesverfassungsrecht geworden. Er hat daher wie alle anderen in dieser Verweisungsvorschrift aufgeführten Bestimmungen nicht nur materiellen Verfassungsrang, sondern auch dieselbe Geltungskraft, die er hätte, wenn er in seinem vollen Wortlaut in das Grundgesetz aufgenommen worden wäre. Er braucht also nicht besonders in Geltung gesetzt zu werden, sondern ist seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes aktuelles Verfassungsrecht und insoweit nicht anders zu behandeln als die anderen Vorschriften des Grundgesetzes.¹⁾

Art. 138 I ist heute die einzige die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften betreffende Verfassungsvorschrift, denn Art. 173 WV²⁾ kann nicht als weitergeltend angesehen werden.

1) vgl. dazu im einzelnen Hamann, Art. 140, Anm. A 1 a; Holtkotten in BK, Art. 140, Anm. II 1; v. Mangoldt, S. 660; Maunz, Staatsrecht, S. 40 u. S. 138; Scheffler, S. 103; Schlieff, S. 129 f.; BVerwG 7, 189(192 f.).

2) Er lautete: "Bis zum Erlass eines Reichsgesetzes gemäß Art. 138 bleiben die bisherigen auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften bestehen."

Vielmehr ist das Grundgesetz eine einheitliche, in sich abgeschlossene, Verfassung, besteht also nur aus den in ihr normierten Rechtssätzen (und möglicherweise allgemeingültigen überpositiven Rechtsprinzipien); auch hat es dadurch, daß es Art. 173 WV nicht förmlich in die Verweisungsvorschrift des Art. 140 GG aufgenommen hat, zu erkennen gegeben, daß diese Bestimmung nicht mehr gelten soll ¹⁾.

Die Übernahme dieser die wesentlichen Vorschriften des kirchenpolitischen Systems der Weimarer Verfassung enthaltenden Bestimmungen in das Grundgesetz wirft die Frage auf, ob sie anders auszulegen sind als die übrigen Vorschriften des Grundgesetzes. Infolge der sprachlichen Identität dieser Bestimmungen in der Weimarer Verfassung und im Grundgesetz liegt es nahe, einfach an die Vorstellungen der Weimarer Zeit vom Inhalt der Vorschriften anzuknüpfen und die Interpretationsbemühungen in diesem Rahmen fortzusetzen. Eine solche Auslegung würde jedoch außer Acht lassen, daß das Grundgesetz eine gegenüber der Weimarer eigenständige Verfassung mit einem von dem Weimarer verschiedenen Wertsystem der Grundlagen des staatlichen Zusammenlebens ist und eine gegenüber Weimar verschiedene Gesamtentscheidung trifft ²⁾.

1) ebenso Hesse, Entwicklung, S. 14; Maunz, Staatsrecht, S. 40; a.A. Friedrich, Kirchenrecht, S. 492: "Der Artikel (173) ist zwar in Art. 140 GG nicht erwähnt; er gehört aber als eine ausdrückliche Verstärkung der in Art. 138 I liegenden Garantie zu dieser Verfassungsbestimmung und steht daher weiterhin in Kraft." Wie die folgende Abhandlung zeigen wird, ist Art. 173 überflüssig, so daß die Frage der Weitengeltung des Art. 173 letztlich eine bloß theoretische ist. Unlogisch Tigges, S. 24: "Mit zu berücksichtigen ist Art. 173, der als ausdrückliche, wenngleich überflüssige Sperrklausel i.S. des Art. 138 I 2 erscheint", denn die Berücksichtigung einer überflüssigen Vorschrift ist sinnlos.

2) vgl. Holtkotten in BK, Art. 140 Anm. II 2; Maunz, a.a.O., Maunz-Dürig, Art. 70 Rdn. 2; Mikat, S. 138; BVerfG 1, 14 (LS 4); 299 (LS 2); OVG Berlin 2, 15 (18 f.).

Sie würde verkennen, daß das Grundgesetz nicht alle Vorschriften des kirchenpolitischen Systems der Weimarer Verfassung übernommen hat, so nicht die Art. 140 und 173 WV, daß dem Bund die Gesetzgebungskompetenz des Art. 10 Nr. 1 WV über die Rechte und Pflichten der Religionsgesellschaften genommen ist und daß das Grundgesetz den Art. 135 WV nicht nur aus dem Verband der übrigen kirchenpolitischen Bestimmungen herausgelöst, sondern ihm auch in Art. 4 GG eine wesentlich andere Form gegeben hat ¹⁾. Schließlich würde unberücksichtigt bleiben, daß sich das tatsächliche Verhältnis des Staates zu den Religionsgesellschaften seit 1919 wesentlich geändert hat. Damit soll nicht einer schrankenlosen "normativen Kraft des Faktischen" das Wort geredet, sondern berücksichtigt werden, daß die Erklärung von kirchenpolitischen Artikeln der Weimarer Verfassung zu Bestandteilen des Grundgesetzes bedingt, daß der geschichtliche, politische, soziale und rechtliche Hintergrund, ohne den auch die anderen Vorschriften des Grundgesetzes nicht gedacht werden können, bei den übernommenen kirchenpolitischen Bestimmungen der Weimarer Verfassung gleichermaßen beachtet wird ²⁾.

Aus diesen Gründen können die Art. 136 bis 139 und 141 WV - und damit auch Art. 138 I WV - nur unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Grundgesetzes und des gewandelten politisch-soziologischen Hintergrundes der Verfassung ausgelegt werden ³⁾. Das bedeutet nicht, daß die Ergebnisse der Forschungsbemühungen der Weimarer Zeit bedeutungslos geworden sind, sondern nur, daß sie an Hand der veränderten

1) vgl. v.Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. II.

2) vgl. Hesse, Entwicklung, S. 22 f.; Schief, S. 137-139.

3) vgl. Erler, S. 80; Friedrich, Kirchenrecht, S. 472; Mikat, S. 138 ff.; Smend, ZevKR 1, S. 8: "Aber wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe." Hamann, Art. 140, Anm. A 1 b; eingehend Holtkotten in BK, Art. 140, Anm. II 2 u. 3; die Referate von Weber und Peters über die Gegenwartsfrage des Staatslehrertages des Jahres 1952, in VVDStRL 11, S. 153 ff. und 177 ff.; kritisch zur "Möglichkeit eines Bedeutungswandels" Fischer, S. 147-157; BVerwG 7, 189(1953).

Gegebenheiten neu zu durchdenken sind. Es bedeutet weiterhin nicht, daß jeder Artikel anders interpretiert werden muß als zur Weimarer Zeit, sondern lediglich, daß die damals erzielten Ergebnisse nicht deshalb auch heute noch gelten müssen, weil sie damals gültig waren.

Inhalt und Zweck des Art. 138 WV unter Beachtung dieser veränderten Sachlage neu zu bestimmen, sind wesentliches Anliegen dieser Abhandlung und ihre eigentliche Rechtfertigung.

I. Art. 138 I im Gefüge des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes

Das kirchenpolitische System des Grundgesetzes beruht auf der Trennung von Staat und Religionsgesellschaften, denn Art. 4 GG gewährleistet die individuelle Glaubensfreiheit und die kollektive Kultusfreiheit ¹⁾, und Art. 137 I WV verbietet mit dem Satz "Es besteht keine Staatskirche" jede institutionelle Verbindung des Staates mit einer Religionsgesellschaft ²⁾. Die Grundlagen dieses Systems sind die Freiheit der Religionsgesellschaften vom Staat und im Staat und die Freiheit des Staates von den Religionsgesellschaften.

Damit ist zunächst die Beendigung des bis 1919 in Geltung gewesenen Systems der Staatskirchenhoheit, das durch eine besondere Staatsaufsicht vor allem über die beiden großen christlichen Kirchen und durch den Grundsatz der Imparität zugunsten dieser beiden oder einer dieser beiden Kirchen gekennzeichnet war ³⁾, ausgesprochen. Infolge der zur Weimarer

1) Termini bei Mikat, Das Verhältnis von Kirche und Staat, S. 11.

2) Anschütz, Art. 137 Anm. 1; Fischer, S. 158; Giese-Schunck, Art. 140/137, Anm. 1; Hesse, Entwicklung, S. 65. vgl. auch Mikat, S. 126 m.w.N. und Friedrich, Kirchenrecht, S. 465.

3) vgl. Ebers, S. 126; Mikat, S. 128; Scheffler, S. 17 f.

Zeit und nach 1933 herrschenden kirchenfeindlichen Tendenzen, infolge der an obrigkeitlichem Denken orientierten Beamten-schaft und nicht zuletzt infolge der in Lehre und Recht-sprechung weit verbreiteten Ansicht, daß die Weimarer Ver-fassung keineswegs die Beendigung des Systems der Staats-kirchenhoheit enthalte ¹⁾, dauerte es bis zum Ende des 2. Weltkrieges, bis vor allem die evangelische Kirche in die neugewonnene Freiheit hineingewachsen war. So entwickel-te sich erst mit dem Entstehen der neuen politischen Ord-nung nach 1945, getragen von dem Selbstbewußtsein, das vor allem die beiden großen Kirchen in der Zeit des Kirchen-kampfes zwischen 1933 und 1945 gewonnen hatten, und von dem neuen Selbstverständnis des Staates ein dem kirchenpoli-tischen System mehr entsprechendes Verhältnis des Staates zu den Religionsgesellschaften ²⁾.

Dieses Verhältnis beruht zwar auf dem Grundsatz der Trennung von Staat und Religionsgesellschaften, aber das kirchen-politische System des Grundgesetzes ist dennoch ein "Trennungssystem eigener Art" ³⁾. Es stellt die Religions-gesellschaften nicht nur nicht den Privatvereinen gleich, sondern garantiert ihnen auch mannigfache Rechte, die sie über die übrigen Korporationen im Staat hinausheben. Diese Rechte sind Anlaß und Ausgangspunkt für vielfältige Be-ziehungen zwischen Staat und Religionsgesellschaften und fordern auf manchen Gebieten geradezu eine Zusammenarbeit zwischen ihnen ⁴⁾. Solche Beziehungen und eine solche Zu-

1) Dazu Ebers, S. 126 ff.; Friedrich, Kirchenrecht, S. 467.

2) vgl. Hesse, Entwicklung, S. 22 f.; Mikat, S. 129; Weber, Die Gegenwarts-lage, S. 155-159.

3) so Mikat, S. 129.

4) vgl. Ebers, S. 122 f.; Mikat, S. 129 m.w.N.; Weber, Die Gegenwarts-lage, S. 155. Genannt seien hier nur die Art. 137 VI, 141 WV, 7 GG und nicht zuletzt auch Art. 138 I.

sammenarbeit können nur auf dem Boden einer paritätischen Behandlung aller Religionsgesellschaften durch den Staat gepflogen werden. Dieser anerkannte "Grundsatz der Parität" besagt, daß der Staat infolge seiner Verpflichtung zu religiöser Neutralität alle Religionsgesellschaften gleich behandeln muß ¹⁾.

Die allgemeine Anerkennung dieses Grundsatzes darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß seine Ausgestaltung und Anwendung heute mehr denn je umstritten sind, so daß seine allgemeine Verwendbarkeit nur wenig gesichert erscheint. Die Geister scheiden sich bei der Frage, ob die beiden großen christlichen Kirchen eine Sonderbehandlung beanspruchen können oder ob alle Religionsgesellschaften mehr oder weniger schematisch gleich behandelt werden müssen ²⁾. Zu diesem für Art. 138 I nur teilweise bedeutsamen Problem sei nur angemerkt, daß weder geleugnet werden kann, daß die evangelische und die katholische Kirche eine geschichtlich und durch ihre Größe bedingte Sonderstellung einnehmen, noch, daß das Grundgesetz nur den Begriff der Religionsgesellschaft und den der Religionsgemeinschaft kennt und somit eine der "Sonderstellung" der Kirchen entsprechende Unterscheidung gerade nicht vornimmt. Dementsprechend ist zwar die volle Gleichbehandlung aller Religionsgesellschaften anzustreben, aber verwirklicht werden kann sie nur, soweit nicht tatsächliche Gegebenheiten zwingend eine unterschiedliche Behandlung verlangen.

Einen guten Maßstab liefern dabei die von Wissenschaft und

1) vgl. statt aller Beulke, S. 129; Ebers, S. 123 f.; Weber, Parität, Sp. 113 f.

2) vgl. einerseits Weber, a.a.O., und noch stärker in Die Gegenwartslage, S. 171; Hesse, Parität, S. 190 und Entwicklung, S. 27 f., andererseits Fischer, S. 148 f.; Hamann, Art. 140, Anm. A 5; Lehmann, S. 89 und 104; OVG Berlin 2, 15(19) und ZevKR 3, S. 201.

Praxis zu Art. 3 I GG entwickelten Grundsätze ¹⁾).

Wichtig ist hier noch die Feststellung, daß es dafür, wie rein das Paritätsprinzip angewendet werden kann, vor allem darauf ankommt, innerhalb welcher Beziehungen und Sachgebiete des Verhältnisses von Staat und Religionsgesellschaften es anzuwenden ist. So können, und das ist, wie sich noch zeigen wird, für Art. 138 I bedeutsam, vermögensrechtliche Fragen viel schematischer paritätisch behandelt werden als etwa Fragen des Öffentlichkeitsanspruches der Religionsgesellschaften ²⁾. Ferner führt der Paritätsgrundsatz nicht dazu, daß die evangelische und die katholische Kirche vollkommen gleich behandelt werden müssen ³⁾. So hat z.B. die katholische Kirche einen ganz anderen internationalen Status als die nationalen und internationalen Zusammenschlüsse der evangelischen Kirchen ihn haben, was sich zwangsläufig auf die Beziehungen des Staates zu ihr auswirkt.

Art. 138 I ist Teil des vorstehend skizzierten kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes und kann deshalb nur unter Berücksichtigung dieses Systems ausgelegt werden. Sein Anliegen ist die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, die er allerdings nicht selbst vornimmt, sondern dem zukünftigen Tätigwerden des Gesetzgebers überläßt. Insofern nimmt er unter den meisten übrigen staatskirchenrechtlichen Vorschriften eine Sonderstellung ein, denn er gestaltet die Rechtslage nicht - wie diese - entsprechend den Zielsetzungen des kirchen-

1) so auch Beulke, S. 133 u. 150.

2) so trotz seiner Auffassung von der Sonderstellung der beiden großen christlichen Kirchen (s.o. S. 6, Fn. 2) auch Weber, Die Gegenwartslage, S. 171, Fn. 34.

3) Nach Weber, Parität, Sp. 114, besteht aber eine Tendenz, diese Unterschiede "abzuschleifen".
vgl. auch Beulke, S. 152.

politischen Systems selbst um, sondern überläßt dies dem Gesetzgeber. Mithin hat die nachfolgende Abhandlung nicht nur die Aufgabe, den zukünftigen Anwendungsbereich dieser Vorschrift zu klären, sondern auch ihre Bedeutung bis zur Vornahme der Ablösung zu untersuchen.

II. Entstehungsgeschichte des Art. 138 I

Auf die Entstehung der Art. 138 I und 173 WV im Verfassungsausschuß der Weimarer Nationalversammlung wird, soweit erforderlich, jeweils an Ort und Stelle eingegangen werden ¹⁾. Zusammenfassend sei hier lediglich darauf hingewiesen, daß die im wesentlichen auf Erhaltung der alten Rechte der Kirchen bedachten Rechtsparteien angesichts der vielen kirchenfeindlichen Maßnahmen in einigen deutschen Ländern große Anstrengungen unternahmen, um diese Rechte zu sichern. Dem kamen mangelndes Interesse und Kompromißbereitschaft der Sozialdemokraten bei Religionsfragen, die dadurch die Zustimmung der Rechten zu den ihnen wesentlicher erscheinenden Fragen erreichen wollten, und die mangelnden kirchenrechtlichen Kenntnisse der Demokraten unter der Führung Naumanns entgegen, die auf der Grundlage der Trennung von Staat und Religionsgesellschaften den letztgenannten viele Rechte zugestehen wollten, aber auf vermögensrechtlichem Gebiet längst nicht die in Art. 138 I enthaltenen Zugeständnisse machen wollten. Unter diesen Voraussetzungen hatten die Kirchenjuristen der Rechten keine Mühe, die Demokraten zu überspielen und eine Regelung zustande zu bringen, die tatsächlich nichts regelte, sondern die alten Rechte der Religionsgesellschaften so absicherte, daß Carl Schmitt die Art. 138 I/173 WV mit gutem Grund als einen "dilatorischen Formelkompromiß" bezeichnen konnte ²⁾.

1) ausführlich dazu Breitfeld, S. 16-30.

2) Verfassungslehre, S. 33 f.

Der Herrenchiemseer Entwurf zum Grundgesetz enthielt keine Kirchenartikel. Diese Materie wurde erst in der 22. Sitzung des Hauptausschusses durch einen Antrag von CDU/CSU, Zentrum und DP in die Beratungen des parlamentarischen Rates eingeführt ¹⁾. Dieser Antrag enthielt in Absatz V folgende Bestimmung: "Die den Kirchen und Religionsgesellschaften gemäß Gesetz, Vertrag oder anderen Rechtstiteln zustehenden Leistungen des Staates, der politischen Gemeinden oder Gemeindeverbände können nur durch Vereinbarungen abgelöst werden." Die Abg. Heuss und Höpker-Aschoff von der FDP widersprachen dem Antrag mit dem Hinweis, daß eine Neuregelung des Staatskirchenrechts wegen der Schwierigkeit der Materie nicht versucht werden sollte; man könnte doch in geeigneter Form auf die Weimarer Verfassung Bezug nehmen. Mit der Begründung, daß Kulturfragen Sache der Länder seien und ein großer Teil des Antrages schon durch die Grundrechte gesichert sei, lehnte auch die SPD den Antrag ab. Angenommen wurde dagegen ein Antrag der CDU/CSU, der folgende Vorschrift vorsah (Art. 139 cc):

- I. Die Bestimmungen der Art. 137, 138 II, 139 und 141 der Deutschen Verfassung vom 11. August 1919 werden aufrechterhalten.
- II. Die am 8. Mai 1945 bestehenden Verträge zwischen den Ländern und den Kirchen bleiben in Kraft, bis sie durch neue, von den Ländern abzuschließende Verträge ersetzt werden.

Den Vorschlag des Abg. Bergsträßer (SPD), auch Art. 138 I für anwendbar zu erklären, lehnten die Antragsteller mit der Begründung ab, diese Vorschrift ermögliche es, die Ablösung der Staatsleistungen einseitig durch Gesetz zu regeln und stehe deshalb mit Absatz II der Vorlage in Widerspruch ²⁾. Der Fünferausschuß ließ Absatz II der Vorlage

¹⁾ vgl. zum Folgenden v. Doemming-Fußlein-Matz, S. 899 ff.; Holtkotten in BK, Art. 140 Anm. I; Hesse, Entwicklung, S. 12 ff.; Mikat, S. 116 ff.

²⁾ s. dazu unten, S. 66 ff.

entfallen und fügte Art. 138 I in die im Übrigen gleichlautende Vorschrift ein. In der 4. Lesung des Hauptausschusses wurde auf Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses noch Art. 136 WV eingefügt und statt "werden aufrechterhalten" "sind Bestandteile dieses Grundgesetzes" gesetzt.

Die Behandlung des Art. 138 I durch den Parlamentarischen Rat zeigt, daß diese Vorschrift in ihrem sachlichen Gehalt gar nicht erörtert wurde. Sie ist deshalb für eine Auslegung noch weit weniger bedeutungsvoll als die Entstehungsgeschichte der Bestimmung in der Weimarer Nationalversammlung.

I. Kapitel: Ablösung und Ablösungsgegenstand

Das erste Kapitel der Untersuchung des Art. 138 I hat die Aufgabe, die Termini "Ablösung", "Gesetz, Vertrag und besonderer Rechtstitel" und "Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften" zu klären und näher zu erläutern. Da diese Termini die diese Norm charakterisierenden Merkmale bilden, enthält es nicht nur die wesentlichen Aussagen über ihren Inhalt und ihr Anliegen, sondern es schafft auch die Grundlage, die notwendige Voraussetzung für die weitere Auslegung, d.h. für die vollständige Erfassung des rechtlichen Gehalts des Art. 138 I.

I. Ablösung

Der Begriff der "Ablösung" ist der Zentralbegriff des Art. 138 I. Er vor allem entscheidet über die Stellung dieser Bestimmung im kirchen-politischen System des Grundgesetzes, über ihren Inhalt und ihren Zweck.

1. Der Ablösungsbegriff

Der Begriff der "Ablösung" ist kein nur dem Staatskirchenrecht bekannter Begriff; er kommt vielmehr in zahlreichen Rechtsnormen des deutschen Rechts vor. So heißt es z.B. in § 8 I GewO:

"Von dem gleichen Zeitpunkt (§ 7) ab unterliegen ... der Ablösung:

1. diejenigen Zwangs- und Bannrechte ...
2. das Recht ...

und in § 199 I LAG:

"Der Abgabeschuldner kann noch nicht fällige Leistungen auf die Vermögensabgabe, die Hypothekengewinnabgabe und die Kreditgewinnabgabe jederzeit ganz oder in Teilen ablösen."

und in § 1199 II BGB:

"Bei der Bestellung einer Rentenschuld muß der Betrag bestimmt werden, durch dessen

Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablössungssumme muß im Grundbuch angegeben werden." 1)

Aus diesen Vorschriften lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

- 1) Die Ablösung betrifft eine vermögenswerte Rechtsbeziehung und stellt einen Eingriff in deren natürlichen Ablauf dar, d.h. sie verändert den der Rechtsgrundlage dieser Rechtsbeziehung entsprechenden Ablauf des Rechtsverhältnisses.
- 2) Da sich jede solche Veränderung begrifflich als Wegfall des ursprünglichen Rechtsverhältnisses darstellt, gleichgültig, ob sie völlig fortfällt, ob sie fortfällt und an ihre Stelle ein neues Rechtsverhältnis tritt oder ob sie nur inhaltlich umgestaltet wird, hat die Ablösung immer den Wegfall des ursprünglichen Rechtsverhältnisses zur Folge.
- 3) Die Ablösung hat nicht den ersatzlosen Wegfall der aufgehobenen Rechtsbeziehung zur Folge, sondern setzt eine neue an deren Stelle. § 199 I LAG zeigt dies ganz deutlich, denn der Gesetzgeber kann logischerweise in einem Gesetz nicht detaillierte Vorschriften über die Pflicht des Bürgers zur Leistung bestimmter Abgaben festgelegt und gleichzeitig in einer anderen Vorschrift dieses Gesetzes dem Bürger das Recht gegeben haben, diese Abgaben nicht zu leisten.

Mithin ist der Ablösungsbegriff gekennzeichnet durch den Wegfall einer vermögensrechtlichen Rechtsbeziehung - der Ablösungsbegriff ist seinem Wesen nach nur auf finanzielle Beziehungen anwendbar - und ihre Ersetzung durch ein neues Rechtsverhältnis. Dem entsprechen die in der Literatur

1) vgl. auch Art. 114 EGBGB und § 268 BGB. In der zuletzt genannten Vorschrift kommt allerdings das Wort "Ablösung" nicht vor, das in ihr enthaltene Recht wird jedoch allgemein als "Ablösungsrecht" bezeichnet; vgl. statt aller Reimer Schmidt in Soergel-Siebert, § 268 Anm. 3

verwendeten Begriffsbestimmungen: "Aufhebung gegen Entschädigung" ¹⁾, "Aufhebung rechtlicher Lasten und Verpflichtungen gegen Entschädigung" ²⁾, für das Lastenausgleichsgesetz: "die Möglichkeit einer v o r z e i t i g e n Entrichtung (Ablösung) von Lastenausgleichsabgaben" ³⁾, für Art. 138 I "Hingabe einer Leistung an Erfüllungs Statt" ⁴⁾.

Bis auf die von Bohn-Bruhn für das Lastenausgleichsgesetz verwendete Begriffsbestimmung lassen alle anderen die Frage offen, ob das aufgehobene Rechtsverhältnis und die Ablösungsleistung wertmäßig einander entsprechen müssen. Unter "Entschädigung" kann man nämlich nicht nur vollen, d.h. das weggefallene Recht voll ersetzenden Ersatz verstehen, sondern auch einen geringeren, etwa nach den Maßstäben der Billigkeit ⁵⁾ oder aus einer Interessenabwägung heraus ⁶⁾ ermittelten Ersatz. Das gleiche gilt, wenn man den Begriff der "Leistung an Erfüllungs Statt" im bürgerlich-rechtlichen Sinn faßt, denn dort kann die neue Leistung kraft der das bürgerliche Recht beherrschenden

-
- 1) Landmann-Rohmer, § 8 Anm. 2; Rohlfing-Kiskalt-Wolff, Anm. zu § 8.
Ebenso viele Autoren der staatskirchenrechtlichen Literatur: Anschütz, Art. 138 Anm. 3; Berner, S. 88; Fischer, S. 209; Gebhard, Art. 138, Anm. 4; Glade, S. 61; Hollös, S. 60; Israel, S. 28; Schoen, Verfassungsrecht, S. 27; Vogels, Art. 21, Anm. 3; Zinn-Stein, Art. 52, Anm. 3; RGZ 113, 349(350).
- 2) Der große Brockhaus, "Ablösung", S. 24.
- 3) Bohn-Bruhn, S. 260, Rdn. 300.
- 4) Fittges, S. 66; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 5; Glade, S. 61; Huber, Garantie, S. 60; Mikat, S. 228; Weber, Ablösung, S. 38; vgl. auch Spreng-Birn-Feuchte, Art. 7, Anm. 3.
- 5) so RGZ 129, 72(79) für Art. 138 I.
- 6) so Breitfeld, S. 356 für Art. 138 I.

Privatautonomie ¹⁾ auch einen geringeren Wert haben als die alte.

Für Art. 138 I wird zu Recht fast einhellig davon ausgegangen, daß die Ablösungsleistung nur eine die weggefallene Rechtsbeziehung voll ersetzende Leistung ist ²⁾. Wenn im bürgerlichen Recht für den Fall des § 1199 II BGB allgemein davon ausgegangen wird, daß die Ablösungssumme frei vereinbart werden kann, so kann dies nicht als Anzeichen für die Unrichtigkeit der hier vertretenen Ansicht gewertet werden, denn das BGB wird beherrscht vom Grundsatz der Privatautonomie. Im Falle des Art. 138 I dagegen ordnet der Staat einseitig in einer Verfassungsvorschrift die Ablösung von ihm zu erbringender Leistungen an. ³⁾ Die Einheitlichkeit des Ablösungsbegriffs bedingt ebensowenig wie jeder andere juristische Begriff, der in verschiedenen Rechtsgebieten vorkommt, daß alle seine Merkmale überall genau denselben Inhalt haben, sondern nur, daß sein Wesen, d.h. das, was ihn von anderen Begriffen unterscheidet, erhalten bleibt.

1) vgl. dazu ausführlich Flume, Werner, Das Rechtsgeschäft (Berlin, Heidelberg, New York, 1965), § 1, S. 1-22, mit zahlreichen Nachweisen.

2) so die gesamte oben zitierte staatskirchenrechtliche Literatur; ferner Hofmann, S. 371 und Kern, S. 119; anders nur Breitfeld, S. 356 und RGZ 129, 72(79). Wenn z.B. in § 2 des Referentenentwurfs für ein Reichsablösungsgesetz, zit. bei Weber, Ablösung, S. 39, in Art. 18 III RK, bei Giese, Art. 138, Anm. 2 und bei Hubrich, S. 238, von einem angemessenen Ausgleich die Rede ist, dann ist das mindestens ungenau. Vor allem Art. 18 III RK scheint davon auszugehen, daß eine Ablösung auch ohne Entschädigung denkbar ist. Diese Formulierungen sind einmal mit der damaligen Unsicherheit zu erklären, ob der Staat nicht doch noch eine Entschädigung verweigern würde, und zum anderen damit, daß in der damaligen Literatur und Judikatur zwischen "angemessenem" und "vollem" Ersatz kein Unterschied gesehen wurde; vgl. dazu auch Weber, Ablösung, S. 39.

3) Insofern liegt der Fall hier noch anders als im Lastenausgleichsgesetz, da dort der Bürger an ihn zu erbringende Leistungen ablösen kann und der Staat infolge seines großen Interesses an einer solchen Ablösung durch ausdrückliche Normierung Vergünstigungen geschaffen hat, um dem Bürger einen Anreiz zu bieten.

Die Auslegung, daß von Ablösung i.S. des Art. 138 I nur die Rede sein kann, wenn die Ablösungsleistung die weggefallene Leistung voll ersetzt, entspricht dem Grundgedanken des kirchen-politischen Systems des Grundgesetzes. Die finanziellen Beziehungen zwischen Staat und Religionsgesellschaften sind ein Gebiet, auf dem der Staat eine diesem Grundgedanken entsprechende Rechtslage herbeiführen kann, ohne den Religionsgesellschaften überkommene Vergünstigungen zu entziehen. Hier genügt zur Herbeiführung seiner konfessionellen Neutralität eine bloße Umgestaltung der bisherigen Rechtslage. Die verfassungsmäßige Sicherung des Rechtes der Religionsgesellschaften, Steuern zu erheben, die Garantie der Unantastbarkeit ihres Vermögens in Art. 138 II und nicht zuletzt auch die Tatsache, daß die Staatsleistungen nicht ersatzlos wegfallen sollen, zeigen, daß dem Staat das Vorhandensein von Religionsgesellschaften vorschwebt, die ihre Angelegenheiten nicht nur formell ohne Bevormundung durch den Staat sollen ordnen können, sondern sie infolge ihrer finanziellen Unabhängigkeit auch tatsächlich nach ihrem eigenen Gutdünken und in eigener Verantwortung eigenständig zu regeln in der Lage sind. Diesem Grundsatz der "chiesa libera in stato libero" (Cavour) würde es widersprechen, wenn der Staat ihre finanzielle Grundlage schmälern würde. Darüber hinaus beweist die in der Gewährung mannigfacher Rechte an die Religionsgesellschaften zum Ausdruck gekommene positive Einstellung des Staates zu ihnen, daß dem Staat jegliche Säkularisation in irgendeiner Form fernegelegen hat. Da aber eine Ablösung, die ihnen mehr nimmt, als sie ihnen gibt, eine verkappte Säkularisation bemänteln würde ¹⁾, kann eine Auslegung, die dieses Ergebnis herbeiführt, nicht zutreffend sein.

Ablösung i.S. des Art. 138 I ist daher die Aufhebung einer auf Gesetz, Vertrag oder besonderem Rechtstitel beruhenden

¹⁾ Dieser treffende Ausdruck findet sich bei Weber, Ablösung, S. 39.

Staatsleistung an eine Religionsgesellschaft gegen Entrichtung einer dem Wert der aufgehobenen Rechtsbeziehung entsprechenden Ablösungsleistung.

Während die Mehrzahl der Schriftsteller davon ausgeht, daß die beiden Merkmale der Aufhebung eines Rechts und der Ablösungsleistung den Begriff der Ablösung erschöpfen, wird er von anderen weiter ausgedehnt: J. Schmitt ¹⁾, Bredt ²⁾ und Ridder ³⁾ zählen zum Ablösungsbegriff noch die Beschränkung auf bestimmte Ablösungsmittel; nach Ansicht anderer ⁴⁾ beinhaltet der Begriff das Erfordernis einer schiedlich-friedlichen Lösung zwischen den Parteien des Ablösungsvorganges. Diesen Ansichten kann jedoch nicht zugestimmt werden, denn der Begriff der Ablösung hat lediglich die Aufgabe, eine bestimmte Maßnahme zu charakterisieren und sie dadurch von anderen auch in Betracht kommenden Maßnahmen - im Falle des Art. 138 I von der Enteignung, der Säkularisation und Konfiskation - zu unterscheiden. Dazu genügen das Merkmal der Aufhebung und des Ersatzes, denn die Erweiterung des Ablösungsbegriffs um die beiden oben angeführten Merkmale würde lediglich die technische Durchführung der Ablösung betreffen. Auch hat der Vergleich dessen, was man allgemein und in verschiedenen Gesetzen unter Ablösung versteht, gezeigt, daß "Ablösung" ein einheitlicher, auf zwei Merkmale beschränkter Begriff ist.

2. Die zulässigen Ablösungsmittel

Wenn auch der Ablösungsbegriff über die zulässigen Ablösungsmittel nichts aussagt, so kann sich doch aus Art. 138 I eine Beschränkung auf bestimmte Mittel ergeben. Daß die

1) Ablösung, S. 119.

2) S. 119.

3) S. 152.

4) Liermann, Staat, S. 64; Meißner, S. 268.

Hingabe von Grundstücken, Wertpapieren und anderen Sachwerten sowie die Zahlung einer Geldsumme zulässige Mittel sind, ist unzweifelhaft; fraglich und umstritten ist nur das Mittel der unbefristeten Geldrente.

Die Anhänger der Ansicht, die eine Rente für zulässig halten, begründen dieses Ergebnis z.T. mit nichtjuristischen Argumenten. Die Propagierung ihrer Zulässigkeit wurde von der Vorstellung der Finanznot des Staates in der Weimarer Zeit diktiert: der Staat sei finanziell nicht in der Lage, eine Kapitalabfindung vorzunehmen ¹⁾! Die Tatsache, daß dieses Argument wegen der wesentlich gesunderen Wirtschaftslage und der stärkeren Finanzkraft des Staates heute nicht mehr zutrifft, zeigt deutlich die Gefährlichkeit und Unsicherheit einer solchen Argumentation. Dasselbe gilt für die einseitig an den Interessen der Religionsgesellschaften orientierte Stellungnahme Ridders ²⁾: Zwar habe der Ablösungsbegriff ursprünglich eine Rente nicht zugelassen; dieses theoretische Optimum sei aber heute weder praktikabel noch wünschenswert (!), da es eine Verbannung der Religionsgesellschaften aus dem öffentlichen Leben zur Folge habe und in Krisenzeiten die Gefahr einer Verarmung der Religionsgesellschaften heraufbeschwöre. Daher habe sich der Ablösungsbegriff gewandelt und lasse heute eine Rente zu. - Selbst wenn man die Interessen der Religionsgesellschaften einseitig in den Vordergrund stellt, ist diese Argumentation nicht aufrechtzuerhalten: Würden tatsächlich Krisenzeiten kommen, dann würde auch der Staat verarmen und seine Aufwendungen für die Religionsgesellschaften beschränken müssen. Von einer Verbannung der Religionsgesellschaften aus dem öffentlichen Leben kann keine Rede sein, da es für dieses Wirken gleichgültig ist, ob sie ihre Öffentlichkeitsarbeit mit eigenen oder mit fremden Mitteln finanzieren:

1) Berner, S. 88; Bredt, S. 120; für die Zeit kurz nach dem 2. Weltkrieg Weber, Ablösung, S. 42.
Gegen dieses Argument: Hermanns, S. 223.

2) S. 152.

Hauptsache ist, daß der Staat diese Öffentlichkeitsarbeit gestattet und die Religionsgesellschaften finanziell in der Lage sind, sie durchzuführen. Vor allem aber ist die Freiheit der Religionsgesellschaften vom Staat wesentlich größer, wenn sie finanziell nicht mehr von ihm abhängig sind; ihre Stellung im Staat ist dann gesicherter und damit stärker. Ferner bedingen die im Grundgesetz proklamierte Religionsfreiheit und der Satz "Es besteht keine Staatskirche", daß in Zukunft auch auf dem finanziellen Sektor keine Religionsgesellschaft vor der anderen bevorzugt wird ¹⁾. Da nicht alle Religionsgesellschaften Leistungen vom Staat erhalten, ist das erst dann der Fall, wenn keine von ihnen mehr welche bekommt.

Das weiterhin angeführte Argument, die in Weimar erfolgten Ablösungen auf "Rentenbasis" könnten wegen ihres "präzedenziellen und paradigmatischen Charakters" nicht unbeachtet gelassen werden ²⁾, läßt außer Acht, daß inzwischen infolge des Vorhandenseins einer neuen Verfassung auch eine neue Rechtslage entstanden ist, ganz abgesehen davon, daß verfassungsrechtliche Erfordernisse nicht einfach von der Staatspraxis mit quasi verfassungsändernder Kraft aufgegeben werden können. Die Beachtung der Verfassung durch die Staatspraxis zu gewährleisten ist ja letztlich der Sinn der Einrichtung eines Bundesverfassungsgerichts!

Das Argument der Vertreter der Gegenmeinung, erst wenn keine Religionsgesellschaft mehr Leistungen vom Staat erhalte, sei der Trennungszweck des Art. 138 I erreicht ³⁾, erst dann bestehe kein staatliches Kultusbudget mehr ⁴⁾,

1) vgl. Schoen, Verfassungsrecht, S. 27 und Staat, S. 13 f.

2) Ridder, S. 152; Weber, Ablösung, S. 7 u. 41.

3) Fischer, S. 211; Glade, S. 61; Hermanns, S. 223 f.; Huber, Garantie, S. 59 f.

4) Glade, a.a.O.; Hermanns, a.a.O.; Schoen, Verfassungsrecht, S. 27 und Staat, S. 13 f.

wird mit dem Hinweis abgelehnt, nicht Trennung, sondern ein distanziertes Verhältnis von Staat und Religionsgesellschaften sei das Ziel des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes ¹⁾. Eine einzige auf dem Ablösungsgesetz beruhende Rente statt vieler auf mannigfachen Rechtsgründen beruhender Einzelleistungen bedeute sogar Trennung: in Wahrheit bestehe gar kein staatliches Kultusbudget mehr, denn die Rente sei nur noch eine "Reminiszenz" an frühere Zustände. ²⁾ Das distanziertere Verhältnis, das das kirchenpolitische System unbezweifelbar zwischen Staat und Religionsgesellschaften schaffen wollte, bedingt nicht eine bloße Lockerung aller ihrer Beziehungen, sondern läßt durchaus die Aufhebung und Beendigung bestimmter Beziehungen zu, wie Art. 137 III WV beweist, der die Beendigung und zukünftige Unzulässigkeit bestimmter früherer staatlicher Befugnisse enthält. Daß mit einer einzigen pauschalen Jahresrente für jede in Betracht kommende Religionsgesellschaft statt vieler Einzelleistungen die finanziellen Beziehungen von Staat und Religionsgesellschaften entflochten sein würden, kann nicht bestritten werden. Aber eine solche Entflechtung hätte keinen praktischen Nutzen; ihre Normierung in einer Verfassungsvorschrift wäre Selbstzweck, denn was hätte sich letztlich geändert? Der Staat müßte weiterhin alljährlich die erforderlichen Gelder bereitstellen und sich mit den Religionsgesellschaften über eine Anpassung dieser Renten an die geänderten Verhältnisse einig werden, was die Verewigung der finanziellen Abhängigkeit der Religionsgesellschaften vom Staat zur Folge hätte. Die ratio ³⁾ des Art. 138 I ⁴⁾ und das Wesen dieser Ablösungsbestimmung ⁴⁾ erfordern daher eine einmalige oder eine über einen bestimmten

1) Weber, Ablösung, S. 41.

2) Berner, S. 88; vgl. auch Weber, a.a.O., S. 43.

3) Huber, Garantie, S. 60.

4) nicht: das Wesen der Ablösung; so aber Huber, a.a.O., S. 59.

befristeten Zeitraum sich erstreckende Ablösungsleistung ¹⁾.

3. Die Ablösungsforderung und das Anliegen des Art. 138 I

Die Klärung des Ablösungsbegriffs und die Erkenntnis, daß an die Stelle der fortfallenden Rechtsgrundlagen und Staatsleistungen keine unbefristeten Renten treten können, ermöglichen die Feststellung, daß Art. 138 I die Aufgabe hat, bestimmte überkommene finanzielle Beziehungen zu

-
- 1) im Ergebnis ebenso, aber ohne Begründung: Friedrich, Kirchenrecht, S. 490; Israel, S. 28; Liermann, Kirchenrecht, S. 368 und Staat, S. 64; Naumann im Verfassungsausschuß der Weimarer Nationalversammlung, zit. in RGZ 111, 134 (139); J. Schmitt, Ablösung, S. 119 und Staatsleistungen, S. 11 f. A.A. außer den oben zitierten Bredt, S. 120, dessen Begründung - Die Ablösung kann "begrifflich nur geschehen durch Zahlung einer einmaligen Kapitalabfindung. Woher aber will der Staat solche Summe nehmen? ... Für eine Ablösung bliebe aber auch dann (bei einer guten Finanzlage des Staates) nur die Möglichkeit der Rentenzahlung offen, Ob aber die Summen an die Kirchen gezahlt werden in der einen oder der anderen Form, kann ziemlich gleichgültig sein." - unlogisch ist, denn wenn begrifflich nur eine einmalige Abfindung möglich ist, dann ist es nicht gleichgültig, ob eine Rente oder eine einmalige Leistung gewährt wird.
- Geller-Kleinrahm, Art. 21 Anm. 5, dessen Begründung - "Ablösung ... durch eine einmalige Leistung des Staates oder durch Zahlung einer Rente; da das Erlöschen jeder Verbindlichkeit Ziel der Ablösung ist, dürfte letzteres nur eine Ausnahmeform sein" - ebenfalls unlogisch ist, denn wenn das Erlöschen jeder Verbindlichkeit das Ziel der Ablösung ist, muß die Zahlung einer Rente nicht bloß die Ausnahme, sondern muß gänzlich verboten sein.
- Hofmann, S. 370 f., mit der Begründung, Art. 138 I verfolge bloß einen Entflechtungszweck, den auch eine Rente herbeiführe.
- Kern, S. 119 und Mikat, S. 228, beide ohne Begründung.
- Spreng-Birn-Feuchte, Art. 7, Anm. 3 mit der Begründung, Art. 138 I verfolge das doppelte Ziel, die bestehenden Verbindlichkeiten entweder zum Erlöschen zu bringen oder sie in solche Rechtsverhältnisse umzuwandeln, "die ihren Ursprung aus dem spezifischen Staat-Kirche-Verhältnis nicht mehr erkennen lassen."

beenden. Mithin ist er in hohem Maße ein Ausfluß des Gedankens der Trennung von Staat und Religionsgesellschaften. Dennoch kann er nicht wegen des augenblicklich guten Verhältnisses zwischen den Partnern des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes und der Wandlungen, die sich seit 1945 vollzogen haben, als überholt und kann seine Durchführung nicht als nicht mehr wünschenswert angesehen werden. Eine entgegengesetzte Auffassung würde das Anliegen des Art. 138 I verkennen. Er will nicht nur negativ, wie man in Weimar meinte, überkommene Beziehungen lösen und auch auf dem finanziellen Sektor die Abwendung des Staates von den Religionsgesellschaften herbeiführen, sondern er will die in anderen Verfassungsvorschriften proklamierte innere Unabhängigkeit der Religionsgesellschaften durch ihre äußere, materielle ergänzen ¹⁾. Die Trennung von Staat und Religionsgesellschaften kann nicht nur als nachteilig für sie angesehen werden. Die dadurch bewirkte Entlassung der Religionsgesellschaften aus der Bevormundung durch den Staat hat große Vorteile für sie, vor allem für ihre innere Geschlossenheit und die Möglichkeit, ihre Aufgaben allein in ihrem Sinne durchzuführen. Dieses Ende der Bevormundung durch den Staat wäre unvollständig ohne die materielle (finanzielle) Unabhängigkeit der Religionsgesellschaften vom Wohlwollen des Staates. Die Beendigung der finanziellen Beziehungen ohne Schmälerung der Rechte der Religionsgesellschaften entspricht dem Trennungssystem des Grundgesetzes und stellt ein für ihre Arbeit durchaus positiv und vorteilhaft zu bewertendes Anliegen dar ²⁾.

II. Die abzulösenden Rechtsgrundlagen

Die Erläuterung der Begriffe "Gesetz", "Vertrag" und "besonderer Rechtstitel" stand in der Vergangenheit im Mittel-

1) so auch deutlich Hesse, Entwicklung, S. 27 und 59.

2) zutreffend Peters, Die Gegenwartslage, S. 183.

punkt des Schrifttums und der Rechtsprechung zu Art. 138 I. Daher sind diese Begriffe heute weitgehend geklärt, so daß die folgende Darstellung lediglich in einzelnen Punkten über den Rahmen einer zusammenfassenden Betrachtung hinausgehen muß. Die eigentlichen Schwierigkeiten liegen erst in der Anwendung der Begriffe auf die konkrete Staatsleistung, da dabei geschichtliches und modernes Rechtsverständnis zusammenspielen müssen und bei den oft alten Rechtsgrundlagen fast unlösbare Beweisschwierigkeiten auftreten können.

1. Systematisches

Die Erläuterung des Ablösungsbegriffs hat gezeigt, daß Gegenstand der Ablösung Rechtsbeziehungen sind. Diese unterscheiden sich von anderen Beziehungen, etwa gesellschaftlichen, dadurch, daß ihnen eine Rechtsgrundlage zugrunde liegt. Daraus folgt, daß mit den Begriffen "Gesetz", "Vertrag" und "besonderer Rechtstitel" nur Arten von Rechtsgrundlagen bzw. Rechtsgrundlagengruppen gemeint sein können.

Das systematische Verhältnis dieser drei scheinbar zusammenhanglos und willkürlich nebeneinander gestellten Begriffe, die plötzlich in den Verhandlungen der Weimarer Nationalversammlung auftauchten und niemals in ihren Einzelheiten erörtert wurden, zueinander herausgefunden zu haben, ist das Verdienst von Berner ¹⁾, Duske ²⁾ und Heckel ³⁾. Nach ihren Untersuchungen verfällt die Verfassung hier in den Sprachgebrauch der vor- und der frühkonstitutionellen Zeit, die zwischen allgemeinen und besonderen Rechtstiteln unter-

1) S. 85.

2) S. 12, 15, 18 und insbesondere S. 21.

3) Buchbesprechung, S. 861 und Das staatskirchenrechtliche Schrifttum, S. 295.

schied ¹⁾. Während als allgemeiner Rechtstitel jede allgemeine Rechtsnorm angesehen wurde, so daß man "allgemeinen Rechtstitel" und "Gesetz" praktisch gleichsetzen kann, unterschied man eine ganze Reihe besonderer Rechtstitel, deren wichtigster der Vertrag war. ²⁾ Daß in Art. 138 I neben dem "besonderen Rechtstitel" auch noch der Vertrag genannt ist, spricht nicht gegen diese Systematik, sondern trägt nur der großen staatskirchenrechtlichen Bedeutung des Vertrages Rechnung. Die Formulierung des Art. 138 I müßte daher richtig lauten: "Die auf Gesetz oder besonderen Rechtstiteln, insbesondere auf Vertrag, beruhenden Staatsleistungen ..." ³⁾. Daraus kann im einzelnen gefolgert werden:

-
- 1) vgl. § 11 d. sächs. Gesetzes über Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden von 1835 und § 32 des preuß. Volksschulunterhaltungsgesetzes von 1906, beide zit. bei Weber, Ablösung, S. 65; ferner proVG 38,168(169); 72,248(249); 83,195(196); Dernburg, Privatrecht, S. 435; Koch, S. 664 und ALR I, 10, § 1.
 - 2) Daß der Vertrag ein besonderer Rechtstitel ist, erkennen ausdrücklich an Berner, S. 88; Duske, S. 18; Spreng-Birn-Feuchte, Art. 7 Anm. 2; Weber, S. 66.
 - 3) so Heckel, Buchbesprechung, S. 861 und Das staatskirchenrechtliche Schrifttum, S. 295; gebilligt von Friedrich, Kirchenrecht, S. 493; Spreng-Birn-Feuchte, Art. 7 Anm. 2; Weber, Ablösung, S. 66; vgl. auch Glade, S. 28; Hermanns, S. 218; Lang, S. 42 (schieft: "Wenn die Art. 138 und 173 Gesetz, Vertrag und besonderen Rechtstitel unterscheiden und unter "Gesetz" objektive, generelle Rechtsnormen zu verstehen sind, so müssen unter besonderen Rechtstiteln spezielle, nicht vertragliche Normen verstanden werden. Sie umfassen sowohl subjektive wie objektive Rechtstitel.")).

- 1) Für Art. 138 I taugliche Rechtsgrundlagen sind nur Rechtstitel; nur auf ihnen beruhende, nicht aber lediglich übliche oder auf moralischen Verpflichtungen fußende Leistungen fallen unter Art. 138 I ¹⁾.
- 2) Für Art. 138 I taugliche Rechtsgrundlagen sind nur solche, deren Gegenstand Staatsleistungen sind, denn nur ihre Ablösung ist in Art. 138 I geregelt.
- 3) Für Art. 138 I taugliche Rechtstitel sind alle Rechtstitel, die Gesetz bzw. Vertrag bzw. besonderer Rechtstitel i.S. des Art. 138 I sind. Obwohl rein begrifflich gesehen Gesetz, Vertrag und besonderer Rechtstitel alle denkbaren Rechtsgrundlagen erfassen, muß dennoch diese Einschränkung gemacht werden, da die Möglichkeit, daß bestimmte Rechtstitel nicht unter Art. 138 I fallen können, z.B. weil dessen Regelung sonst jeglichen Sinn verlöre, nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann.
- 4) Für Art. 138 I taugliche Rechtstitel sind nur solche, die zur Zeit des Entstehens der auf ihnen beruhenden Beziehungen zwischen Staat und Religionsgesellschaften in dem betreffenden Gebiet als Rechtstitel bzw. als Rechtstitel mit dem im jeweiligen Fall erforderlichen Inhalt anerkannt waren. Wegen der Rechtszersplitterung in Deutschland in den vergangenen Jahrhunderten war es häufig der Fall, daß nur bestimmte Gebiete diesen oder jenen Rechtstitel als solchen anerkannten oder daß ein bestimmter Rechtstitel in verschiedenen Gegenden einen unterschiedlichen Inhalt hatte.
- 5) Unter Art. 138 I fallen nur die auf Gesetz, Vertrag oder besonderem Rechtstitel i.S. der Ziffern 1) bis 4) beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften. Das Schicksal aller anderen Staatsleistungen ist in Art. 138 I in keiner Weise geregelt ²⁾.

1) RGZ 113,349(352); Huber, Garantie, S. 63; unrichtig Glade, S. 29 und Lang, S. 24, die auch den Grundsatz der Billigkeit berücksichtigen wollen.

2) so ausdrücklich auch Huber, Garantie, S. 63; Weber, Ablösung, S. 64.

Abschließend sei noch bemerkt, daß das Vorhandensein eines Berechtigten und nicht nur eines (tatsächlich) Begünstigten Begriffsmerkmal des besonderen Rechtstitels ist, während der allgemeine Rechtstitel dem Begünstigten nicht notwendig ein Recht auf die Leistung verleiht ¹⁾).

2. Gesetz

Aus dem Gegensatzpaar Gesetz - besonderer Rechtstitel folgt, daß Gesetz i.S. des Art. 138 I nur die allgemeine Rechtsnorm, das materielle Gesetz, ist ²⁾, gleichgültig, ob es auch formelles Gesetz ist ³⁾, gleichgültig, ob es

¹⁾ Duske, S. 12 u. 18; Ebers, S. 244; Friedrich, Kirchenrecht, S. 493; Glade, S. 23 f.; Hermanns, S. 218; J. Schmitt, Staatsleistungen, S. 33.

A.A. für den besonderen Rechtstitel Lang, S. 42 f, (ohne Begründung).

Dahingestellt bleibt hier, inwieweit Art. 19 IV GG bewirkt hat, daß auch für nur tatsächlich Betroffene der Rechtsweg eröffnet ist; vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII 3 m.w.N.; Maunz-Dürig, Art. 19 Rdn. 34 m.w.N.

²⁾ Anschütz, Art. 138 Anm. 1; Berner, S. 85; Duske, S. 11; Ebers, S. 244 Fn. 2; Gebhard, Art. 138 Anm. 2c; Geller-Kleinrahm, Art. 21 Anm. 4a; Giese, Staatsleistungen, S. 193; Glade, S. 19; Hermanns, S. 218; Huber, Garantie, S. 63 und Buchbesprechung, S. 150; Karpfhammer, S. 7; Lang, S. 24; Mikat, S. 225; Poetzsch-Heffter, Art. 138, Anm. 2; Schoen, Verfassungsrecht, S. 27; Schultze, S. 296; Süsterhenn-Schäfer, Art. 45, Anm. 2b; Weber, Ab-lösung, S. 67; Zinn-Stein, Art. 52, Anm. 4; RGZ 113, 349 (352).
A.A. Breitfeld, S. 40: nur das formelle Gesetz; Begründung: sonst seien die wichtigsten Gesetze nicht in die Garantie einbezogen. Dabei geht Breitfeld jedoch von einem falschen Begriff des materiellen Gesetzes aus, wie sein Beispiel zeigt: Gesetz im materiellen Sinne sei nicht ein von ihm zitiertes Gesetz aus dem Jahre 1909, in dem der Staat sich verpflichtete, zur Unterstützung notleidender Kirchengemeinden jährlich eine bestimmte Summe bereitzustellen.

³⁾ Geller-Kleinrahm, a.a.O.; Giese, a.a.O.; Mikat, a.a.O.

sich um ein geschriebenes oder ungeschriebenes Gesetz handelt ¹⁾. Daher sind auch Rechtsverordnung ²⁾, Gewohnheitsrecht ³⁾ und Observanz, d.h. örtlich begrenztes Gewohnheitsrecht ⁴⁾, Gesetz. Nicht Gesetz in diesem Sinne ist vor allem das Haushaltsgesetz ⁵⁾, da es ein bloß formelles

-
- 1) Berner, a.a.O.; Geller-Kleinrahm, a.a.O.; Giese, a.a.O.; Hermanns, a.a.O.
- 2) Giese, a.a.O.; Lang, a.a.O.; Mikat, a.a.O.; Weber, a.a.O.; Zinn-Stein, a.a.O.
- 3) Anschütz, a.a.O.; Berner, S. 86; Duske, S. 15; Gebhard, a.a.O.; Geller-Kleinrahm, a.a.O.; Giese, Staatsleistungen, a.a.O.; Glade, S. 23; Hermanns, a.a.O.; Hollös, S. 61; Hubrich, S. 238; Karpfhammer, S. 7; Lang, a.a.O.; Liermann, Staat, S. 64; Mikat, a.a.O.; Poetzsch-Heffter, a.a.O.; Schoen, a.a.O.; Schultze, a.a.O.; Süsterhenn-Schäfer, a.a.O.; Weber, Ablösung, S. 67; Zinn-Stein, a.a.O.; RGZ 113,349(352); StGH RGZ 118, Anh. 1 (8).
- Als besonderen Rechtstitel sehen das Gewohnheitsrecht an: Giese, Art. 138, Anm. 1; Koeniger-Giese, S. 286; Meißner, S. 269 (alle ohne Begründung); Schoen, Staat, S. 13; Breitfeld, S. 42, beide mit dem Hinweis auf die Verhandlungen der Nationalversammlung. Nach der Auffassung von Mess, Sp. 338, ist das Gewohnheitsrecht überhaupt kein Ablösungsrchtstitel, denn in der Rechtsgrundlage müsse eine Rechtspflicht des Staates zur Bewirkung der Leistung enthalten sein und nach der Weimarer Verfassung sei "Gesetz" nicht jede Rechtsnorm (?!).
- 4) Berner, S. 86; Schultze, S. 296; Weber, Ablösung, S. 67; RGZ 102,9(12).
- 5) Berner, S. 86; Breitfeld, S. 43; Ebers, S. 244 Fn. 2; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 4a; Glade, S. 20; Hermanns, S. 218; Israel, S. 27; ausführlich Lang, S. 35 ff.; J. Schmitt, Staatsleistungen, S. 32; Weber, Ablösung, S. 68; Zinn-Stein, Art. 52, Anm. 4; RGZ 113,349(351); StGH RGZ 118, Anh. 1 (7); BGHZ 23,107(118); unklar RGZ 111,134(145).

Gesetz ist ¹⁾; auch gilt es immer nur für einen bestimmten Zeitraum, kann also nicht Rechtsgrundlage für Staatsleistungen sein, da dafür, wie unten gezeigt wird, nur unbestimmte Leistungen in Betracht kommen ²⁾. Denkbar ist allerdings, daß die wiederholte Einstellung der Leistung in den Haushalt ein Gewohnheitsrecht hervorbringt; dieses Gewohnheitsrecht kann dann - je nach seinem Inhalt - Rechtsgrundlage für eine Staatsleistung sein ³⁾.

Zu beachten ist für alte Rechtstitel, daß Gesetze auch die entsprechenden vorkonstitutionellen Rechtsakte sein können ⁴⁾, wie z.B. kgl. Erlasse, Kabinettsorders usw. Ob sie es tatsächlich sind, entscheidet sich nach ihrem Inhalt und danach, ob sie in der damals üblichen Weise ergangen sind.

Die zwischen dem Staat und der evangelischen Kirche auf Grund des landesherrlichen Kirchenregiments bis zum Jahre 1919 bestehende Rechts- und Verwaltungsgemeinschaft machte die Bildung von Gewohnheitsrecht zwischen ihnen nicht unmöglich ⁵⁾: Weder waren Staat und Kirche damals

¹⁾ Wolff Bd. I, § 24 II 2; Berner, S. 86; Weber, Ablösung, S. 68; vgl. auch Glade, S. 20.

²⁾ so auch RGZ 113,349(352).
Das Argument, wenn auch das Haushaltsgesetz "Gesetz" i.S. des Art. 138 I sei, dann wäre die Aufführung der beiden anderen Rechtstitel überflüssig, da jede Leistung im Haushaltsplan erscheine, gleichgültig, ob allein der Haushaltsplan ihre Rechtsgrundlage sei oder nicht, so Breitfeld, S. 43; Glade, S. 20 ist nicht verwendbar, da in Wahrheit, wie unten gezeigt wird, nicht jede Leistung im Haushalt erscheint.

³⁾ Duske, S. 17; Giese, Staatsleistungen, S. 193; Lang, S. 41 f.; Weber, Ablösung, S. 68; unklar Zinn-Stein, Art. 52 Anm. 4.

⁴⁾ Berner, S. 86; Glade, S. 28 f.; Lang, S. 24; Weber, Ablösung, S. 67 m.w.N.

⁵⁾ RGZ 113,349(356 ff.) Holstein, S. 170 ff.; Brennerberger, S. 349; Hermanns, S. 221; Weber, S. 73 f. m.w.N.

ununterscheidbare Größen ¹⁾, noch verlangt die Bildung von Gewohnheitsrecht die Rechtsfähigkeit der Kirche, denn der durch das Gewohnheitsrecht (Gesetz!) Begünstigte braucht nicht Rechtssubjekt zu sein ²⁾. Vor allem aus der Tatsache, daß der Staat sich zur Tragung aller Kosten für die Verwaltung der Kirche verpflichtet fühlte ³⁾, folgt, daß er tatsächlich auch nach 1919 gewohnheitsrechtlich verpflichtet war, diese Kosten zu tragen ⁴⁾.

3. Besonderer Rechtstitel

Besondere Rechtstitel sind alle Rechtsakte, durch die unabhängig vom Gesetzesrecht Rechte und Pflichten begründet werden ⁵⁾, wie z.B. Privilegien, rechtskräftige Entschei-

-
- 1) so vor allem Hermanns, a.a.O.; Holstein, S. 178 f.; Koellreutter, S. 13.
 - 2) A.A. Zinn-Stein, Art. 52, Anm. 4 (ohne Begründung); zutreffend Berner, S. 86; Schultze, S. 297; Weber, Ablösung, S. 73.
 - 3) dazu sehr eingehend Holstein, S. 170 ff.; Brennberger, S. 349 f.; Liermann, Kirchenrecht, S. 370.
 - 4) Brennberger, a.a.O.; Hermanns, a.a.O.; Holstein, S. 170; Koellreutter, S. 23; Liermann, a.a.O.; Weber, a.a.O.; Niedner, S. 239; RGZ 113,349(378); A.A. Zinn-Stein, a.a.O. (ohne Begründung). Einen besonderen Rechtstitel der Rechtsgemeinschaft nimmt an Huber, Buchbesprechung, S. 149; dagegen Breitfeld, S. 350; Brennberger, S. 350; Glade, S. 30 ff.; Koellreutter, a.a.O.; Schultze, S. 299; RGZ 113,349(379). Von einer Billigkeitsverpflichtung spricht Ebert, S. 222. Nach Ansicht von Breitfeld, S. 156 ist der Staat überhaupt nicht zur Kostentragung verpflichtet.
 - 5) so proVG 38,168(169); die Formulierung "Rechte oder Pflichten" in proVG 72,248(250); 80,195(196) und bei Berner, S. 86; Zinn-Stein, Art. 52, Anm. 4, ist ungenau, da die Begründung von Rechten auf der Empfängerseite Begriffsmerkmal des besonderen Rechtstitels ist.

dungen, Privatwillenserklärungen (Verträge, letzte Willen, Stiftungen, Anerkenntnisse), Verjährung und Herkommen ¹⁾).

Wichtigster besonderer Rechtstitel ist der Vertrag. Darunter sind bindende Abmachungen jeder Art zu verstehen, in denen der Staat sich (u.a.) verpflichtet hat, einer Religionsgesellschaft Leistungen zu gewähren ²⁾ und in denen er ihr einen Anspruch auf diese Leistungen einräumt ³⁾. In Betracht kommen vor allem die Abmachungen mit der katholischen Kirche (Konkordate ⁴⁾ und die Verträge, bei denen auf katholischer Seite nicht der Hl. Stuhl Vertragspartner ist ⁵⁾ und mit den evangelischen Landeskirchen (Kirchenverträge); wegen ihres Vertragscharakters gehören auch die Zirkumskriptionsbullen und Breven hierher ("Konkordate im weiteren Sinne" ⁶⁾). -

Besonders bedeutsam für alte Leistungen ist der besondere Rechtstitel der erwerbenden oder unvordenklichen Verjährung. Dieses Rechtsinstitut konnte nicht nur eine Vermutung für das Bestehen eines Rechts schaffen ⁷⁾, sondern auch einen

1) so die Aufzählung in § 11 des oben S. 23 Fn. 1 zitierten sächs. Gesetzes über Kompetenzverhältnisse.

2) vgl. Breitfeld, S. 43; Geller-Kleinrahm, Art. 21; Anm. 4 b; Giese, Art. 138, Anm. 1; Mikat, S. 225.

3) so Zinn-Stein, Art. 52 Anm. 4; Duske, S. 18; Glade, S. 23; Lang, S. 42.

4) Ein Konkordat im eigentlichen Sinne liegt allerdings nicht immer vor; dafür kommt es auf seinen - für Art. 138 I nicht entscheidenden - Inhalt an; vgl. dazu Schöppe, S. 11-14.

5) z.B. im Vertrag des Landes Hessen mit den katholischen Bistümern in Hessen vom 4.7.1963, abgedruckt bei Wenner, S. 93 ff.

6) vgl. dazu Anschütz, Art. 138, Anm. 1 und S. 640 Fn. 5; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 4 b; Huber, Garantie, S. 82; J. Schmitt, Ablösung, S. IV; Schöppe, S. 46-50; Wenner, S. 6.

7) so aber heute im Wegerecht: dazu Forsthoff, S. 178.

echten Rechtserwerb herbeiführen¹⁾. Voraussetzung für das Bestehen eines auf dem Rechtstitel der Verjährung beruhenden Rechts war eine seit Menschengedenken dauernde Übung, die dazu geeignet sein mußte, "den Inhalt des in Anspruch genommenen Rechts darzustellen"²⁾. Die Absicht, jenes Recht ausüben zu wollen, braucht nicht nachgewiesen zu werden; sie wird so lange vermutet, wie nicht ein Gegenbeweis zeigt, daß ein bloß tatsächlicher Zustand vorgelegen hat³⁾. Zu beachten ist, daß dieser Rechtstitel trotz übereinstimmender Grundvoraussetzungen regional verschieden ausgestaltet ist.

4. Das Herkommen

Die unglücklichen Argumente, die im Verfassungsausschuß der Weimarer Nationalversammlung zur Ablehnung des Antrags auf Einfügung des Herkommens verwendet wurden, haben eine verwirrende und verworrene Erörterung seines Inhalts und seiner Bedeutung für Art. 138 I zur Folge gehabt, denn besonders charakteristisch für diesen Begriff ist seine unterschiedliche Bedeutung in den einzelnen Partikularrechten:

1) Herkommen kann Gewohnheitsrecht⁴⁾ bzw. Observanz⁵⁾

1) RG vom 25.5.1921 (V 25/21), teilweise abgedruckt bei Weber, Ablösung, S. 83 f.; proVG 38,194(205); RGZ 24,188(192 f.); 26,170(171); BayObLG KirchE 1,315(321); Berner, S. 87 f.; Glade, S. 30; Weber, Ablösung, S. 82 ff.; vgl. auch § 503 I 9 ALR i.Verb.m. § 80 I 7 ALR.

2) so RG vom 25.5.1921 a.a.O.; vgl. auch Dernburg, Pandekten, § 160, S. 379 f.

3) RGZ 24,163(165); wohl auch RGZ 102,9(12); BayVGh in ZevKR 6,99(102).

4) Ebers, S. 244 Fn. 1; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 4c (schiefl!); Giese, Staatsleistungen, S. 195; Hollös, S. 61; Huber, Garantie, S. 93; Karpfhammer, S. 7; Lang, S. 30 f.; RGZ 113,349(352); proVG 70,279(282).

5) Berner, S. 86; Ebers, a.a.O.; Forsthoff, S. 138 Fn. 6; J. Schmitt, Ablösung, S. 92; Schoen, Verfassungsrecht, S. 27 f.; LVG Arnsberg ArchKathKR, Bd. 129, S. 301(305).

bedeuten, also einen allgemeinen Rechtstitel bezeichnen. Dieser Begriff des Herkommens galt vor allem im Bereich des ALR ¹⁾.

2) Im Gebiet des gemeinen Rechts stellte das Herkommen einen besonderen Rechtstitel dar ²⁾ und kam dort in zweierlei Gestalt vor:

- aa) Es konnte eine langdauernde Übung bezeichnen, die nur ein besonderes, dauerndes Rechtsverhältnis zwischen zwei Beteiligten regelt und in dieser beständigen Übung durch gegenseitige Anerkennung eine vertragsmäßige Abmachung ersetzt ³⁾. Dabei handelt es sich also in Wahrheit um einen vertraglichen Rechtstitel ⁴⁾!
 - bb) Es konnte auch die Bedeutung des Rechtstitels der unvordenklichen (erwerbenden) Verjährung haben ⁵⁾.
- 3) Der eigentliche Grund für die Ablehnung des Antrags auf Einfügung des Herkommens in Art. 138 I war die dritte Bedeutung des Herkommens: Es konnte auch ein langdauerndes, rein tatsächliches Verhalten bezeichnen, das kein irgendwie geartetes Bewußtsein der Beteiligten erforderte, zu ihrem Tun von Rechts wegen verpflichtet zu sein ⁶⁾. Man befürchtete also, daß auch bloß übliche ⁷⁾, nicht auf einem

1) RGZ 152,345(348); Weber, Ablösung, S. 70.

2) Weber, a.a.O.; Mikat, S. 225; Koeniger-Giese, S. 286; Heckel, Buchbesprechung, S. 861.

3) so RGZ 102,12; vgl. RG Warn 1925, Nr. 31 S. 44 f.; RGZ 11,212(213); 125,186(188); BGH DÖV 1964, S. 60; HessVGH ESVGH 12,165(167); Berner, S. 87; Ebers, a.a.O.; Glade, S. 22; Hermanns, S. 219 Fn. 3; Lang, S. 31; J.Schmitt, Ablösung, S. 92; Schultze, S. 296; Zinn-Stein, Art.52 Anm. 4.

4) so auch Weber, Ablösung, S. 82 und BGH, a.a.O.

5) Geller-Kleinrahm, Art. 21 Anm. 4c; Mikat, S. 226; Weber, Ablösung, S. 80; Zinn-Stein, a.a.O.; BayVGH ZevKR 6,99(101).

6) Berner, S. 87; Breitfeld, S. 45; Glade, S. 22; Schoen, Staat, S. 13 Fn. 4; proVG 70,279(282).

7) so RGZ 113,349(359); Ebers, S. 244 Fn. 1; Lang, S. 30 f.

Rechtstitel - in dieser Bedeutung ist das Herkommen ja kein Rechtstitel mehr ¹⁾! - beruhende Leistungen von Verfassungen wegen für ablösungspflichtig erklärt wurden. Da aber nur Rechtstitel unter Art. 138 I fallen, fällt das Herkommen in dieser Ausgestaltung mangels der Qualität eines Rechtstitels nicht unter Art. 138 I. Deshalb bezeichnet man auch nur das Herkommen in den Formen 1) und 2) als "rechtsbegründendes Herkommen" ²⁾. Die praktische Bedeutung dieser Feststellung darf allerdings nicht überschätzt werden, da solche Leistungen meist auf unvordenklicher (erwerbender) Verjährung beruhen werden.

5. Ausblick

Angesichts des zur Zeit guten Verhältnisses des Staates zu den als Ablösungsberechtigte vor allem in Betracht kommenden beiden großen Kirchen und angesichts der augenblicklich guten finanziellen Lage des Staates mag es auf den ersten Blick wertlos erscheinen, der genauen Erfassung der in Betracht kommenden Rechtstitel große Bedeutung beizumessen. Es ist aber zu bedenken, daß wegen der teilweise erheblichen Summen, die auf dem Spiele stehen, eine wirkliche Auseinandersetzung zwischen den Ablösungsberechtigten und den Ablösungsverpflichteten jederzeit denkbar ist und deshalb eine mehr oder weniger pauschale freundschaftliche Auseinandersetzung nicht stattfindet. Daß eine solche Möglichkeit von beiden Parteien nicht von

1) so auch Giese, Staatsleistungen, S. 195 f.; Huber, Garantie, S. 63; Schoen, Staat, S. 13 Fn. 4; vgl. auch Anschütz, Art. 138, Anm. 1; Ebers, a.a.O.

2) falsch ist rechtsbegründetes Herkommen, so aber Art. 18 RK; Spreng-Birn-Feuchte, Art. 7, Anm. 2; auch Zinn-Stein, Art. 52, Anm. 4; zutreffend Brennberger, S. 350. A.A. Liermann, Staat, S. 65: Herkommen als Vermutung eines Gewohnheitsrechts ist Rechtstitel; zutreffend aber in Kirchenrecht, S. 370.

der Hand gewiesen wird, zeigen die nach 1949 abgeschlossenen Verträge, die alle hinsichtlich der Staatsleistungen eine nur vorübergehende Regelung treffen wollen und deshalb den Satz enthalten: "Für eine Ablösung der Staatsleistungen ... bleibt die bisherige Rechtslage maßgebend" ¹⁾. Kommt es zu einer solchen Auseinandersetzung, dann werden zwar nur wenige Staatsleistungen mangels eines tauglichen Rechtstitels nicht unter Art. 138 I fallen, aber die Schwierigkeit besteht ja darin, daß das Vorhandensein nicht eines beliebigen, sondern eines ganz bestimmten Rechtstitels nachgewiesen werden muß, damit an Hand von Art und Inhalt dieses Rechtstitels die Ablösungsleistung festgelegt werden kann.

Die Schwierigkeiten, die bei einer solchen Auseinandersetzung auftreten können, sind seit der Weimarer Zeit nicht geringer geworden, da sich der genannten Formel vom Bestehenbleiben der bisherigen Rechtslage entsprechende Vorbehalte auch in den Konkordaten und Kirchenverträgen dieser Zeit finden und die Regierungen der Länder nach 1919 vielfach erklärt haben, die Weitergewährung der bisherigen Leistungen enthalte nicht das Anerkenntnis des Vorliegens einer ablösungspflichtigen Staatsleistung.

Im Interesse einer zügigen und reibungslosen Durchführung der Ablösung ist deshalb zu hoffen, daß Staat und Religionsgesellschaften einen zur Umgehung dieser erheblichen und viel Konfliktstoff in sich bergenden Schwierigkeiten geeigneten Weg finden.

III. Der Gegenstand der abzulösenden Rechtsgrundlagen

Wie bei der Untersuchung der Rechtsgrundlagen festgestellt wurde, fallen nur solche Rechtstitel unter Art. 138 I, die

¹⁾ so z.B. Art. 16 II des Loccumer Vertrages vom 18.4.1955, abgedruckt bei Weber, Konkordate, S. 212.

die Gewährung von Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften zum Inhalt haben. Da Art. 138 I fast alle denkbaren Rechtsgrundlagen erfaßt, hängt die Klärung der Frage, wie groß der Umfang der von ihm betroffenen finanziellen Beziehungen ist und welchen Einfluß diese Bestimmung tatsächlich auf die Umgestaltung der bisherigen Rechtslage hat, vor allem davon ab, was unter "Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften" zu verstehen ist.

Entsprechend dem Zweck des Art. 138 I und der von ihm getroffenen umfassenden Berücksichtigung der in Betracht kommenden Rechtstitel ist dieser Terminus weit auszulegen, damit die finanzielle Selbständigkeit der Religionsgesellschaften in möglichst großem Umfang verwirklicht werden kann.

1. Staatsleistungen

a) Leistungen

Der Leistungsbegriff des Art. 138 I umfaßt jede Gewährung irgendeines vermögenswerten Vorteils ¹⁾. Diese Formel enthält einerseits die notwendige Beschränkung auf vermögenswerte ²⁾ Leistungen - Art. 138 I verfolgt ja das Ziel, die finanziellen Beziehungen von Staat und Religionsgesellschaften zu entflechten; auch ist der Ablösungsbegriff ein seinem Wesen nach nur auf finanzielle Beziehungen anwendbarer Begriff - und erfaßt andererseits sämtliche insoweit denkbaren Leistungsformen und -inhalte.

Ein vermögenswerter Vorteil liegt dann vor, wenn im Falle einer Ablösung der betreffenden Leistung eine in Geld ausdrückbare Ablösungsleistung möglich ist. Hat der Staat

1) Friedrich, Kirchenrecht, S. 492; Huber, Garantie, S. 61 f.; Ridder, S. 128; Berner, S. 84; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 a; Süsterhenn-Schäfer, Art. 45, Anm. 2 c; Koellreutter, S. 17; StGH RGZ 128, Anh. 16(29).

2) Dies betonen besonders Duske, S. 6; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 a; Hermanns, S. 5; RGZ 125, 186(189):

den Religionsgesellschaften Leistungen zu einem Vorzugspreis eingeräumt oder zahlen die Religionsgesellschaften dem Staat für einen ihnen gewährten Verwaltungsaufwand ein Entgelt, das geringer ist als die dem Staat dafür tatsächlich entstehenden Gesamtkosten, dann ist ein solcher Vorteil vorhanden, nicht aber, wenn Leistung und Gegenleistung sich decken, denn dann wäre die Ablösungssumme gleich Null.

Wegen fehlenden vermögenswerten Vorteils scheiden als Leistungen aus z.B.: das Recht der Religionsgesellschaften Schulen, Priesterseminare und theologische Fakultäten zu unterhalten, die Gewährung des Rechts Kirchensteuern zu erheben ¹⁾, die Gewährung von Steuervergünstigungen für Spenden zugunsten der Religionsgesellschaften ²⁾. Die beiden letztgenannten Beispiele zeigen, worauf es bei der Feststellung des vermögenswerten Vorteils noch ankommt: Entscheidend ist nicht, ob der Staat ein Privileg schafft, mit dessen Hilfe Dritte zu vermögenswerten Leistungen herangezogen werden können oder das Dritten den Anreiz gibt, den Religionsgesellschaften solche Vorteile zu verschaffen, entscheidend ist vielmehr, daß d e r S t a a t s e l b s t den vermögenswerten Vorteil gewährt. Sein Tätigwerden muß den Vorteil herbeiführen, nicht erst das eines Dritten!

Der Vorschlag von Hermanns ³⁾, das Vorhandensein einer vermögenswerten Leistung dadurch zu ermitteln, daß man feststellt, ob die Leistung ein Minus im staatlichen Haushalt zur Folge hat, ist nur bedingt brauchbar. Einerseits ist nämlich ganz formal festzustellen, ob auf der Ausgaben-

1) so auch Weber, Ablösung, S. 53; Kern, S. 117; Hermanns, S. 5. Das gilt auch für die Benutzung der bürgerlichen Steuerlisten !

2) so Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 b; unentschieden Hesse, Entwicklung, S. 61.

3) S. 5

seite des Haushalts eine Leistung zugunsten der Religionsgesellschaften steht, denn sonst würde der Fall außer Acht gelassen, in dem der Staat Vermögensgüter einer Religionsgesellschaft zum Staatssäckel eingezogen, sich aber gleichzeitig verpflichtet hat, die betreffende Religionsgesellschaft daraus zu dotieren, denn hier gleichen sich Einnahme und Ausgabe aus, ja die Habenseite des Haushalts enthält sogar noch das eingezogene Vermögensstück. Andererseits wäre bei den Abgabenbefreiungen, die Hermanns ¹⁾ zu Recht auch als Staatsleistungen ansieht und die an keiner Stelle des Haushalts vorkommen, festzustellen, wieviel die Religionsgesellschaften hätten zahlen müssen, wenn eine Befreiung nicht vorgelegen hätte.

Dem Vermögensvorteil der Religionsgesellschaft wird zwar regelmäßig eine Vermögenseinbuße auf Seiten des Staates gegenüberstehen, braucht es aber nicht, wie der eben skizzierte Fall der Einziehung eines kirchlichen Vermögensstückes zeigt.

b) Leistungspflicht und Leistungsanspruch; Herkunft der Mittel

(1) In der Literatur taucht immer wieder die Frage auf, ob Staatsleistungen nur solche Leistungen sind, die auf einer Verpflichtung des Staates beruhen. Diese Formulierung ist unklar, da damit zwei verschiedene Dinge gemeint sein können: Einmal die Frage danach, ob Staatsleistungen nur solche Leistungen sind, zu deren Erbringung der Staat kraft Ausspruchs in ihrer jeweiligen Rechtsgrundlage verpflichtet ist ²⁾, und zum andern die Frage danach, ob ein Säkularisationsvorgang zu der Staatsleistung geführt haben muß, der eine Verpflichtung des Staates zur Dotierung der betreffenden Religionsgesellschaft zur Folge hatte, so daß

¹⁾ S. 6; siehe dazu unten f).

²⁾ in diesem Sinne offensichtlich Koellreutter, S. 18.

der Begründungsakt der Staatsleistung auf einer Verpflichtung des Staates beruht, oder ob die Staatsleistung auch auf einem Akt des Wohlwollens, der Liberalität des Staates, also auf einem freiwilligen Begründungsakt beruhen kann. ¹⁾

Jegliche Erörterung der "Leistungspflicht" in ihrer ersten Bedeutung erscheint sinnlos, da nur auf tauglichen Rechtsgrundlagen beruhende Leistungen unter Art. 138 I fallen, vor allem also nicht solche, die lediglich das Haushaltsgesetz als Rechtsgrundlage haben ²⁾. Mithin entscheidet allein diese Rechtsgrundlage darüber, inwieweit eine Verpflichtung des Staates zur Leistung besteht. Dabei sei noch darauf hingewiesen, daß es gleichgültig ist, ob bei Vorliegen der in der Rechtsgrundlage angegebenen Voraussetzungen geleistet werden muß oder ob es bei Vorliegen dieser Voraussetzungen im Ermessen des Staates steht, zu leisten oder nicht zu leisten.

Auch in ihrer zweiten Bedeutung ist der Inhalt des Wortes "Leistungspflicht" unstreitig. Mit Recht wird es als gleichgültig angesehen, welcher Anlaß zu der Begründung der Staatsleistung geführt hat, wenn nur eine taugliche Rechtsgrundlage vorhanden ist. ³⁾ Wie die oben angeführten, in der Literatur und Rechtsprechung verwerteten Anlässe zeigen, kann die Erheblichkeit eines von ihnen dem Art. 138 I in keiner Weise entnommen werden. Darüber hinaus bleibt offen, warum gerade einer dieser beiden Anlässe erheblich sein soll und nicht irgendein möglicher dritter Anlaß.

-
- ¹⁾ in diesem Sinne ausführlich Ebers, S. 218 ff.; RGZ 111, 134(145).
Die hier vorgenommene Unterscheidung findet sich auch bei Hermanns, S. 5 und Liermann, Kirchenrecht, S. 371 f. Undeutlich Israel, S. 26 und Zinn-Stein, Art. 52 Anm. 2.
- ²⁾ vgl. Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3a, wo Ermessenszuschüsse als nicht unter Art. 138 I fallend angesehen werden. Besonders deutlich Liermann, a.a.O.
- ³⁾ so die oben Fußnote 1 zitierten; ferner Glade, S. 20; und wohl auch Lehmann, S. 105; unverständlich Weber, Ablösung, S. 73, da für die von ihm angeführten Leistungen keine Rechtsgrundlage ersichtlich ist, sie mithin auch nicht unter Art. 138 I fallen.

Nicht zuletzt spricht auch die aus dem Zweck des Art.

138 I stammende Forderung einer weiten Auslegung dieser Bestimmung gegen die Erheblichkeit irgendeines bestimmten Anlasses.

(2) Staatsleistungen i.S. des Art. 138 I sind nicht nur solche, die der begünstigten Religionsgesellschaft einen Anspruch, also ein durchsetzbares Recht auf die Leistung, geben ¹⁾. Die gegenteilige Ansicht Ridders ²⁾, Staatsleistungen würden nur "im Rahmen von Schuldverhältnissen erbracht, bei denen die Kirche Gläubiger, der Staat Schuldner" sei, entspricht nicht der Verfassung. Der Begriff der Leistung bezeichnet etwas Tatsächliches, sozusagen den Realakt des Gebens; ihm ist das Recht, die Leistung fordern zu können, nicht immanent ³⁾. Gegen die Ansicht Ridders spricht auch die Aufführung der Rechtsgrundlage "Gesetz" in Art. 138 I, denn es gibt im öffentlichen Recht viele gesetzlich normierte Begünstigungen, die zwar einen Begünstigten, nicht aber einen Berechtigten nennen ⁴⁾. Eine Beschränkung des Gesetzesbegriffs auf solche Gesetze, die Ansprüche enthalten, müßte daher besonders ausgesprochen sein, was in Art. 138 I aber nicht der Fall ist. Eine andere Frage ist hingegen, inwieweit Art. 19 IV GG bewirkt hat, daß auch für solche Rechtsnormen, die den einzelnen Leistungsempfänger nur reflexweise begünstigen, der Rechtsweg eröffnet ist ⁵⁾.

-
- 1) so Berner, S. 84; Breitfeld, S. 42 u. 49; Duske, S. 6; Giese, Staatsleistungen, S. 198; Glade, S. 20; Hermanns, S. 218; Holstein, S. 183; Huber, Garantie, S. 58; Koellreutter, S. 18; Kreß, S. 19; Lang, S. 19 f.; J.Schmitt, Ablösung, S. 37; Weber, Ablösung, S. 72.
- 2) S. 128; im Ergebnis ebenso Mess, Sp. 337 f.
- 3) ähnlich Duske, S. 6; Lang, S. 19 f.
- 4) vgl. dazu Wolff Bd. I, § 43 I b: Reflexwirkungen des objektiven Rechts. Ähnlich Glade, S. 20 f. und Weber, Ablösung, S. 72, Glade auch mit dem Hinweis auf die Verhandlungen in der Weimarer Nationalversammlung.
- 5) s. dazu die oben S.25 Fn.1 angegebene Literatur.

(3) Da Artikel 138 I die, also alle Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften erfaßt, die auf Gesetz, Vertrag oder besonderem Rechtstitel beruhen, ist es gleichgültig, aus welchem Fonds die Mittel für die Leistung herrühren. Daß Leistungen aus den Staatsnebenfonds auszuschneiden haben, geht aus Art. 138 I nicht hervor ¹⁾.

c) Unbefristete Leistungen

Gewährt der Staat einer Religionsgesellschaft eine einmalige oder eine über eine bestimmte längere Zeit sich erstreckende, also befristete, Leistung, dann können die daraus sich ergebenden Beziehungen beider Parteien mit der tatsächlichen Gewährung der Leistung bzw. aller vorgesehenen Raten, also durch Erfüllung der Leistungspflicht, beendet werden. Eine Erfüllung ist dagegen nicht möglich bei unbefristeten Verpflichtungen, d.h. bei solchen, die durch ordnungsgemäße, nämlich dem Inhalt des Rechtsverhältnisses entsprechende, Abwicklung nicht beendet werden können. Daß diese "ewigen" Rechtsverhältnisse und Leistungsverpflichtungen unter Art. 138 I fallen, folgt zunächst aus dem Ablösungsbegriff: Die Ablösung stellt immer einen Eingriff in den ordnungsgemäßen Ablauf eines Rechtsverhältnisses dar, hat also ganz sicher dort einen Sinn, wo eine ordnungsgemäße Beendigung von Rechtsbeziehungen nicht möglich ist. Dieses Ergebnis folgt auch aus dem Art. 138 I zugrunde liegenden Entflechtungsgedanken: Er trifft immer dort zu, wo durch den normalen Ablauf der Dinge eine Entflechtung nicht stattfinden kann.

¹⁾ ebenso Berner, S. 84 (besonders deutlich); Duske, S. 9 f.; Heckel, Buchbesprechung, S. 862; Weber, Ablösung, S. 46. A.A. nur Breitfeld, S. 35 f., mit der Begründung, daß Art. 138 I nur die Staatsleistungen betreffen solle, für die der Staat allgemeine Steuermittel verwenden muß. Meinungsverschiedenheiten hätten in der Nationalversammlung nur bei der Frage bestanden, "in welchem Umfange die Leistungen des Staates beibehalten werden sollten, für die der Staat sich die Mittel nur durch erhöhte Besteuerung ... beschaffen konnte."

Das Wesen der Ablösung und der Entflechtungsgedanke können dort nicht zutreffen, wo Leistungspflichten zu dem für das Unterfallen von Leistungen unter Art. 138 I entscheidenden Zeitpunkt ¹⁾ schon erfüllt sind. Zweifelhaft ist die Rechtslage jedoch in den Fällen, in denen befristete Leistungen erst nach diesem Zeitpunkt zu erfüllen sind. Wie die Erörterungen zum Ablösungsbegriff gezeigt haben, wird von Ablösung auch dort gesprochen, wo erfüllbare Leistungspflichten vorzeitig durch eine Leistung an Erfüllungs Statt (Ablösungsleistung) beendet werden. Die Unterstellung auch solcher befristeter Leistungen unter Art. 138 I würde somit nicht dem Wesen der Ablösung widersprechen, wohl aber dem Anliegen der Bestimmung. Die für sie geforderte weite Auslegung ist nur dort am Platze, wo die finanzielle Unabhängigkeit der Religionsgesellschaften durch den normalen Ablauf der staatlichen Leistungsverpflichtungen nicht erreicht werden kann. Art. 138 I hat eine Berechtigung dort, wo allein staatliche Anordnungen das kirchenpolitische System des Grundgesetzes auf seinem Gebiet verwirklichen können, nicht aber dort, wo es durch den natürlichen Ablauf der Dinge verwirklicht wird. Dem entspricht es, daß das Grundgesetz weder die Ablösung selbst durchgeführt noch einen Termin für ihre Durchführung angeordnet hat, denn aus der Normierung des einen wie des anderen Falles würde zu schließen sein, daß nach diesen Zeitpunkten alle vorher eingegangenen finanziellen Beziehungen beendet sein sollen. ²⁾

Beruhet die Leistungspflicht des Staates auf einer einseitig von ihm gesetzten Rechtsgrundlage, so ist sie unbefristet,

1) zum genauen Zeitpunkt s.u.S. 114-118

2) im Ergebnis ebenso RGZ 129,72(79); Berner, S. 84 f.; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 a; Glade, S. 62; Hermanns, S. 215; Huber, Garantie, S. 59 (besonders deutlich); Israel, S. 28; Lang, S. 21; J.Schmitt, Staatsleistungen, S. 12; Weber, Ablösung, S. 50. Einhellige Meinung!

wenn der Staat ein solches Gesetz nur auf Grund seiner Kompetenz, von ihm gesetztes Recht auch wieder außer Kraft zu setzen, aufheben kann. Befristet ist die Leistungspflicht dann, wenn es sich um ein Zeitgesetz, also um ein nach einer bestimmten Zeit automatisch außer Kraft tretendes und damit die Leistungspflicht beendendes Gesetz handelt. Bedeutungslos ist es dagegen, wenn eine Rechtsnorm feststellt, ein bestimmtes Gesetz gelte nur so lange, wie es nicht vom Gesetzgeber aufgehoben wird, da dieser Vorbehalt automatisch jedem Gesetz innewohnt ¹⁾. -

Vertragliche Leistungen sind dann erfüllbar, wenn der Vertrag oder die vertragliche Norm nach einer bestimmten Zeit automatisch außer Kraft treten oder aber eine ordentliche Kündigungsklausel enthalten. So sind z.B. in den beiden "Bauschsummenabkommen des oldenburgischen Staates mit den evangelischen Landeskirchen im Herzogtum Oldenburg und dem Fürstentum Birkenfeld aus den Jahren 1870 und 1883" nur befristete (erfüllbare) Leistungen enthalten, da das Abkommen von beiden Vertragspartnern "von 9 zu 9 Jahren" ²⁾ gekündigt werden konnte.

Hat sich der Staat verpflichtet, einer Religionsgesellschaft eine Realdotation zuzuwenden, sich aber aus irgend welchen Gründen bisher nicht zur Erfüllung dieser Verpflichtung in der Lage gesehen, sondern dieser Religionsgesellschaft statt dessen provisorische Jahresrenten gezahlt, dann ist die Zahlung dieser Renten abhängig von der eigentlichen Verpflichtung. Sie enden, wenn diese erfüllt ist; das gilt selbst dann, wenn die Rentenzahlungen auf einem besonderen Rechtsgrund beruhen, der sich im Laufe der Zeit gewohnheitsrechtlich gebildet hat, denn auch dieser Rechtsgrund kann ohne die

¹⁾ so auch StGH RGZ 118, Anh. 1(13 f.); Lang, S. 46; J. Schmitt, Staatsleistungen, S. 33; Schultze, S. 292.

²⁾ zit. nach Huber, Garantie, S. 88 f.

ursprüngliche Verpflichtung nicht gedacht werden. Diese Renten sind an sich unbefristete Staatsleistungen, denn es ist nicht ersichtlich, wann der Staat seiner eigentlichen Verpflichtung nachkommen wird. Dennoch sind sie nicht ablösungspflichtig, da sie nicht die eigentliche Verpflichtung des Staates bilden. Solange die ursprüngliche Leistungspflicht des Staates besteht, ob einredebehaftet oder nicht, solange bildet die Rente nur die sekundäre Verpflichtung des Staates und fällt deshalb nicht unter Art. 138 I ¹⁾. Erst wenn trotz Erlöschens der ursprünglichen Leistungspflicht die Rente weitergezahlt wird und ihr entweder eine neue Rechtsgrundlage gegeben wird oder sich eine solche gewohnheitsrechtlich gebildet hat, kann sie unter Art. 138 I fallen.

Die Ansicht von Huber ²⁾, daß die die ursprüngliche Verpflichtung bildende Realdotation wegen des Art. 138 I erst nach dessen Durchführung erfolgen dürfe, weil bis zu diesem Zeitpunkt die bisherige Rechtslage bestehen bleiben müsse, ist unrichtig, da Art. 138 I diese Funktion nur bezüglich der seinen Voraussetzungen entsprechenden Leistungen haben kann, die eben skizzierten Verpflichtungen aber als einmalige Leistungen für Art. 138 I bedeutungslos sind.

d) Leistungen des Staates

In Übereinstimmung mit dem Wortlaut - S t a a t s l e i s t u n g e n - und dem Zweck der Vorschrift - die vermögensrechtlichen Beziehungen von S t a a t und Religionsgesellschaften zu entflechten - kommen als Leistende nur der Bund (bzw. früher das Reich) und die Länder in Betracht. Nicht Bund und Länder

¹⁾ vgl. auch Huber, Garantie, S. 82 ff.; Ridder, S. 146 f.; Weber, Ablösung, S. 50 f. Die ursprüngliche Verpflichtung fällt ebenfalls nicht unter Art. 138 I, da sie eine einmalige Leistung enthält.

²⁾ Garantie, S. 83 f.

sind alle Träger öffentlicher Gewalt, deren Autonomie so weit reicht, daß sie unter Art. 138 I fallende Rechtsgrundlagen für Staatsleistungen zu schaffen vermögen; ihre Leistungen fallen also nicht unter diese Bestimmung ¹⁾. Vor allem die Gemeinden können also den Religionsgesellschaften keine Staatsleistungen gewähren ²⁾. - Da die Autonomie nicht an die Rechtsfähigkeit gebunden ist ³⁾, kommen sowohl rechtsfähige als auch nichtrechtsfähige Gebilde in Betracht ⁴⁾.

Nach der Ansicht von Lang ⁵⁾ sind Leistungen, die das Reich, heute also der Bund, den Religionsgesellschaften gewährt, keine Staatsleistungen i.S. des Art. 138 I. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des Artikels und aus seinem Zweck, "die vermögensrechtliche Stellung der Kirchen, soweit sie auf dem bisherigen Zusammenhang von Staat und Kirche beruht, bis zur Ablösung und als deren Grundlage zu sichern", Die zweite Begründung Langs ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil sie in sich widersprüchlich ist. Denn wenn die bisherige Rechts-

-
- 1) ähnlich Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 a; Glade, S. 11 ff.; Hermanns, S. 3 und 215; Huber, Garantie, S. 62; Liermann, Kirchenrecht, S. 373; J.Schmitt, Ablösung, S. 36 und Staatsleistungen, S. 42; Zinn-Stein, Art. 52, Anm. 2. A.A. LVG Schwerin, zit. b. Glade, a.a.O., mit der Begründung, der Begriff "Staat" sei als Kollektivum gebraucht und bezeichne die Gesamtheit der Organisation des Staates. Das ergebe sich schon daraus, daß sich Staat und Kirchen der historischen Entwicklung nach nicht nur in ihren Spitzen berührten. Eine Auseinandersetzung nur unter den Spitzen würde zu offenbar (!) nicht beabsichtigten unbilligen Ergebnissen führen. Die Leistungen der Gemeinden seien Leistungen des Staates im weiteren Sinne.
 - 2) ebenso u.a. Anschütz, Art. 138 Anm. IV; Berner, S. 84; Gebhard, Art. 138, Anm. 2 a; Weber, Ablösung, S. 46; Gutachten des RFH in JW 1934, 2579(2580); RGZ 111, 124(146); 125, 186(189); LG Gießen ZevKR 5, 319(322).
 - 3) vgl. Forsthoff, S. 421.
 - 4) Zu beachten ist weiterhin, daß die sog. oktroyierten Satzungen als Satzungen derjenigen Verwaltungseinheit angesehen werden, für die sie gelten; vgl. Wolff Bd. I, § 25 IX a 3.
 - 5) S. 23.

lage bis zur Ablösung bestehen bleibt, dann würde das für alle unter Art. 138 I fallenden Staatsleistungen gelten, also auch für die Leistungen des Bundes. Die vermögensrechtliche Sicherung der Religionsgesellschaften würde also durch die Aufrechterhaltung beider Arten von Staatsleistungen bis zur Ablösung gewährleistet sein, und bei der Ablösung würden beide gleich behandelt werden, so daß auch insoweit den Religionsgesellschaften kein Nachteil erwachsen würde.

Was Lang mit dem "Wortlaut der Vorschrift" meint, geht aus seinen Ausführungen nicht hervor. Da auch der Bund "Staat" ist, kann Lang den Wortlaut "Staatsleistung" nicht gemeint haben. Sollte er davon ausgehen, daß Bundesleistungen deshalb nicht unter Art. 138 I fallen, weil der Landesgesetzgeber keine bundesrechtlichen Vorschriften aufnehmen kann, so ist diese Ansicht unbegründet. Zwar kennt unser Grundgesetz nur den Grundsatz "Bundesrecht bricht Landesrecht" (Art. 31), nicht aber den umgekehrten Grundsatz "Landesrecht bricht Bundesrecht". Es enthält aber ausdrückliche Ausnahmen von diesem Grundsatz ¹⁾; darüber hinaus besteht die Möglichkeit, daß in einem Bundesgesetz festgelegt wird, daß bestimmte Normen dieses oder eines anderen Gesetzes nur gelten sollen, wenn das Land keine anderen Vorschriften erläßt ²⁾. Daraus folgt, daß Art. 31 GG nur die regelmäßige Folge einer Kollision von Bundesrecht und Landesrecht enthält, ausdrückliche Ausnahmen vom Bund aber festgesetzt werden können. Dem entspricht es, daß es allgemein für zulässig gehalten wird, daß der Bund die Länder in einem Gesetz ermächtigt, eine schon von ihm wahrgenommene Gesetzgebungskompetenz nun selbst wahrzunehmen ³⁾; auch dabei hebt Landesrecht Bundesrecht auf. Für die Aufhebung von Bundesleistungen ergibt sich daraus:

1) Art. 141 u. 142; dazu v. Mangoldt-Klein, Art. 31, Anm. II 2.

2) vgl. Gebhard, Art. 13, Anm. 3 g; Giese, Art. 13, Anm. 1; v. Mangoldt-Klein, Art. 31, Anm. IV 3 f.; Poetzsch-Heffter, Art. 13, Anm. 1 c; s. aber auch Maunz-Dürig, Art. 70 Rdn. 19.

3) Dies folgt aus Art. 71 GG; vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 71, Anm. IV 3; Maunz-Dürig, Art. 72, Rdn. 7 und Art. 71, Rdn. 8 mit Rdn. 10.

Der Bund hat jederzeit die Möglichkeit, in einem Gesetz die bundesrechtlichen Vorschriften, die Staatsleistungen enthalten, zur Verfügung der Länder zu stellen. Der Erlaß eines solchen Gesetzes ist auch nicht in das Ermessen des Bundes gestellt. Denn selbst wenn die Kompetenz des Bundes zum Erlaß von Grundsätzen (Art. 138 I 2) untergegangen sein sollte ¹⁾, so folgt doch aus dem Willen der Verfassung, daß alle Staatsleistungen abgelöst werden sollen, so daß der Erlaß eines solchen Gesetzes, das die in Betracht kommenden bundesrechtlichen Vorschriften zur Verfügung der Länder stellt, die aus dem Prinzip der Bundestreue ²⁾ sich ergebende verfassungsmäßige Pflicht des Bundes ist. Mithin steht einer Ablösung von Bundesleistungen durch die Länder nichts im Wege. Da auch andere Einwände aus dem Wortlaut des Art. 138 Abs. I nicht ersichtlich sind, kann der Ansicht von Lang nicht gefolgt werden. Vielmehr entspricht allein die hier vertretene Auslegung sowohl dem Wortlaut als auch dem Entflechtungszweck des Art. 138 I. -

Während Breitfeld ³⁾, Lang ⁴⁾ und wohl auch J. Schmitt ⁵⁾ die Ansicht vertreten, daß alle Leistungen, die der Staat den Religionsgesellschaften erbringt, unter Art. 138 I fallen, geht die übrige Literatur davon aus, daß nur die Leistungen gemeint sind, die der Staat als Staat, als Träger hoheit-

1) dazu s. unten Kapitel II.

2) vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, Art. 20, Anm. III 3 b und Art. 37, Anm. III 2 a; Maunz-Dürig, Art. 20, Rdn. 22 m.w.N.

3) S. 50.

4) S. 23.

5) Staatsleistungen, S. 42.

licher Befugnisse erbringt, nicht aber die, die er als Fiskus erbringt ¹⁾, denn er wolle nur "das historisch ausgebildete System der staatskirchenrechtlichen Beziehungen" ²⁾ entflechten, also das spezifische Staat-Religionsgesellschaften-Verhältnis.

Die Ansicht von Breitfeld, Lang und J. Schmitt hätte zur Folge, daß auch Beziehungen des allgemeinen Rechtsverkehrs unter Art. 138 I fallen würden. Solche Beziehungen aber unterscheiden sich in nichts von denen, die der Staat mit jedem einzelnen Bürger bzw. jeder einzelne Bürger mit dem Staat jederzeit auch haben könnte. Sie aufzuheben ist nicht das Anliegen des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes, denn der Trennungsgedanke hat nur dort Bedeutung, wo der Staat in seiner eigentlichen Funktion als Staat mit den Religionsgesellschaften in Verbindung tritt. Der wie ein Privatmann tätige Staat kann nicht konfessionelle Neutralität üben oder nicht, er kann nicht den Satz "Es besteht keine Staatskirche" verletzen. Für ihn ist es gleichgültig, wie die Rechtsstellung der Religionsgesellschaften gegenüber dem Staat ausgestaltet ist!

Für die Beantwortung der Frage, wann der Staat als Staat tätig wird, kommt es nicht darauf an, ob seine Beziehungen zu der Religionsgesellschaft öffentlich-rechtlicher oder privat-rechtlicher Natur sind ³⁾. Wesentlich ist nur, daß er materiell öffentliche Verwaltung betreibt, daß er öffentliche Ziele verfolgt. Deshalb wird der Staat auch im Bereich des sog. "Verwaltungsprivatrechts" in seiner typischen Funktion als Staat tätig, denn auch dort werden Ziele

1) Berner, S. 83 f.; Duske, S. 9; Gebhard, Art. 138, Anm. 2 a; Geller-Kleinrahm, Art. 21 Anm. 3 a; Glade, S. 13 f.; Hermanns, S. 2 f. und 216; Hofmann, S. 369; Hollös, S. 62; Huber, Garantie, S. 62 f.; Israel, S. 24; Mikat, S. 224; Poetzsch-Heffter, Art. 138, Anm. 3; Ridder, S. 128 f.; Weber, Ablösung, S. 47 f.

2) so Weber, a.a.O.

3) so auch Huber, Garantie, S. 62 f.; Mikat, S. 224; Fn. 494; Ridder, S. 129; Weber, Ablösung, S. 47.

öffentlicher Verwaltung (mit privatrechtlichen Mitteln) verfolgt ¹⁾. Deshalb handelt der Staat nur dort nicht als Staat, wo er im erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Bereich tätig wird.

e) Die Arten der Staatsleistungen

(1) Das erste sehr bedeutsame Einteilungsprinzip für die Arten der Staatsleistungen ist die Unterscheidung von positiven und negativen Leistungen.

Die oben zur Umschreibung des Leistungsbegriffs verwendete Formel "Gewährung eines vermögenswerten Vorteils jedweder Art" wurde vor allem gewählt, um auch die negativen Staatsleistungen damit erfassen zu können. Man versteht darunter die Befreiung der Religionsgesellschaften von Abgaben aller Art ²⁾. Daß Abgabenbefreiungen Staatsleistungen sein können, ist anerkannt ³⁾, umstritten ist nur, woraus diese Ansicht

1) zu Begriff und Inhalt des Verwaltungsprivatrechts vgl. Wolff, Bd. I, § 23 II b m.w.N.

2) Den Terminus "negative Staatsleistungen" billigen Berner, S. 84; Duske, S. 11; Friedrich, Kirchenrecht, S. 492; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 b; Glade, S. 45; Hermanns, S. 6; Hesse, Entwicklung, S. 61; Kern, S. 117; Lehmann, S. 104 f.; kritisch dazu Weber, Ablösung, S. 51.

3) außer den eben zitierten RG in Lammers-Simons, Bd. I, 538(540); Bd. IV, 306(321); RGZ 111,134; ThürOVG RVwBl Bd. 54,853; Gutachten des RFH in JW 1934, S. 2579 ff.; Heckel, Buchbesprechung, S. 863; Erler, S. 93 f.; J.Schmitt, Staatsleistungen, S. 43; Süsterhenn-Schäfer, Art. 45 Anm. 2 c; Gebhard, Art. 138, Anm. 2 b; Anschütz, Art. 138 Anm. 2; Liermann, Kirchenrecht, S. 371; Schultze, S. 294 f.; Spreng-Birn-Feuchte, Art. 7 Anm. 2; Ridder, S. 128; Vogels, Art. 21 Anm. 3; Weber, Staatsleistungen, Sp. 316; A.A. nur Breitfeld, S. 38 ff., er leitet seine Auffassung aus der (unwidersprochen gebliebenen) Auffassung Naumanns in den Verhandlungen der Nationalversammlung her und aus Art. 137 I WV, der deutlich mache, daß die rechtliche Sonderstellung der Kirchen nicht gestärkt werden sollte. Zwar hätten von diesem Grundsatz Ausnahmen festgesetzt werden können, was aber nach dem Wortlaut des Art. 138 I insoweit nicht geschehen sei.

herzuleiten ist. Die wohl herrschende Meinung gründet ihre Ansicht auf § 241 BGB, der den allgemeinen, also auch im öffentlichen Recht geltenden Rechtsgedanken enthalte, daß eine Leistung auch in einem Unterlassen bestehen könne ¹⁾. Der Rechtsgedanke des § 241 BGB paßt hier nicht, obwohl grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden ist, ihn im öffentlichen Recht zu verwerten. Er würde passen, wenn Leistung bei einer negativen Staatsleistung das Unterlassen der Abgabeneinforderung wäre. Das ist jedoch nicht der Fall; Leistung ist vielmehr das Aufstellen des Privilegs "Die Religionsgesellschaften zahlen keine ...abgaben" ²⁾. Dieser Satz bewirkt die Besserstellung der Religionsgesellschaften; das tatsächliche Unterlassen der Abgabeneinforderung durch die zuständige Behörde ist nur die Folge, der Erfolg dieser Leistung. Eine Berufung auf § 241 BGB geht daher fehl. Das Reichsgericht ³⁾ lehnte aus § 241 BGB hergeleitete Ansprüche auf Unterlassen der Steuererhebung als Staatsleistung ab, da diese Vorschrift ein Schuldverhältnis voraussetze, das aber zwischen Staat und Religionsgesellschaften nicht bestehe; es bejahte hingegen die Heranziehung des in § 241 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedankens, um den Begriff der Staatsleistung entsprechend dem Sinn der Verfassung über seinen Wortlaut hinaus auch auf Abgabenbefreiungen ausdehnen zu können. Die Verfassung wolle die vermögensrechtliche Stellung der Religionsgesellschaften bis zur Neuregelung des finanziellen Verhältnisses von Staat und Religionsgesellschaften aufrechterhalten; negative

¹⁾ so Berner, Duske, Schultze, Friedrich, Ridder, Glade, jeweils a.a.O.; vgl. auch RGZ 111,134(138).

²⁾ so RG in Lammers-Simons, Bd. IV, 306(321 I. Zeile); ThürOVG a.a.O.; Weber, Ablösung, S. 51.

³⁾ RGZ 111,134(138); RG in Lammers-Simons, Bd. I,538(540).

Leistungen seien daher immer dann Staatsleistungen, wenn sie "einen organischen Bestandteil der zwischen Staat und Kirche bestehenden vermögensrechtlichen Beziehungen" bildeten; das sei regelmäßig der Fall.

Zutreffend ist zunächst die Argumentation des Reichsgerichts, Abgabenbefreiungen bildeten einen organischen Bestandteil der zwischen Staat und Religionsgesellschaften bestehenden finanziellen Beziehungen. Mißverständlich dagegen ist das Wörtchen "regelmäßig", denn genau wie alle anderen Leistungen sind auch Abgabenbefreiungen immer Staatsleistungen, wenn auf sie die übrigen Voraussetzungen des Art. 138 I zutreffen; sie bilden dann automatisch einen Teil der unter Art. 138 I fallenden vermögensrechtlichen Beziehungen. Eine Unterscheidung entspricht nicht der Verfassung, die ja die, also alle Staatsleistungen ablösen will ¹⁾. Die Ansicht des RG, seine Auslegung dehne den Begriff der Staatsleistungen über dessen Wortlaut hinaus aus, kann nur mit der Verwertung des Rechtsgedankens des § 241 BGB erklärt werden. Aber eine Berufung auf ihn ist nicht erforderlich, wie die oben vertretene Konstruktion der negativen Staatsleistung gezeigt hat.

¹⁾ A.A. Duske, S. 11, der (ohne Begründung) nur die Steuerbefreiungen unter Art. 138 I fallen läßt, die einer Religionsgesellschaft anstelle einer positiven Leistung gewährt werden, d.h. zu dem Zweck, "um ihr durch die entsprechenden Ersparnisse die Erreichung bestimmter Zwecke zu ermöglichen oder sie für bestimmte Einnahmeausfälle, etwa aus bisherigen positiven Staatsleistungen, zu entschädigen." A.A. auch Hermanns, S. 6, nach dessen Auffassung negative Staatsleistungen dann unter Art. 138 I fallen, "wenn diese Befreiungen ... zum Gegenstand der finanziellen Beziehungen zwischen Staat und Kirche geworden sind, wenn an ihre Stelle sonst andere Leistungen des Staates treten würden." Eine Begründung für seine Auffassung gibt Hermanns nicht.

Positive Staatsleistungen sind alle übrigen. Sie können die verschiedensten Inhalte haben, also z.B. Geldleistungen, Naturalleistungen und Arbeitsleistungen sein ¹⁾.

Besonders bedeutsam ist die Unterscheidung von positiven und negativen Staatsleistungen für die Beantwortung der Frage, wann immer eine Leistung des Bundes oder eines Landes und nicht die eines unterstaatlichen Verbandes vorliegt. Bei den negativen Staatsleistungen sind zweifelhaft die Fälle, bei denen die Abgaben zwar dem unterstaatlichen Verband (ganz oder teilweise) zufließen, aber die Anordnung der Abgabenerhebung durch den Staat erfolgt. Sieht man als entscheidend an, wer den finanziellen Verlust trägt, so handelt es sich nicht um eine Staatsleistung, wohl aber dann, wenn es auf die Person dessen ankommt, der die Befreiung angeordnet hat. Die zutreffende Lösung ergibt sich daraus, daß, wie oben erläutert wurde, Leistung nicht das Unterlassen der Abgabenerhebung ist - dann wäre allerdings der unterstaatliche Verband Leistender -, sondern das betreffende Abgabenprivileg selbst. Das bedeutet, daß die vermögensrechtliche Beziehung zwischen dem Staat als dem Privilegierenden und der Religionsgesellschaft besteht, so daß es sich um eine Staatsleistung handelt ²⁾.

Gewährt der unterstaatliche Verband positive Leistungen aus eigener Initiative, aus autonomer Rechtsmacht, dann liegt keine Staatsleistung vor, wohl aber, wenn der Staat ihm die Gewährung dieser Leistung aufgetragen hat ³⁾. In diesen Fällen erscheint der Verband nur als technisches

-
- 1) vgl. dazu ausführlich Weber, Ablösung, S. 53 ff.; RGZ 113,349(350).
 - 2) im Ergebnis ebenso ThürOVG RVwBl Bd. 54, S. 853; Gutachten des RFH in JW 1934,2579(2580 f.).
 - 3) so auch Hermanns, S. 4; vgl. auch BFH in KirchE Bd. 3, 131(133 ff.).

Mittel zur "Auszahlung" der Leistung: als Erfüllungshilfe¹⁾. Er wird hier als staatliche Behörde und nicht als autonomer Verband tätig.

Auf eine kurze, überall anwendbare Formel gebracht:

Der Staat ist Leistender dann, wenn die Schaffung der Rechtsgrundlage ihm zugerechnet wird, d.h. wenn der Staat als der die Leistung Anordnende anzusehen ist²⁾.

(2) Ein weiteres, vor allem für den Umfang der Ablösungsleistung bedeutsames Einteilungsprinzip ist die Unterscheidung von

Betragsleistungen und Bedarfsleistungen.

Betragsleistungen sind alle die, die eine nach Fälligkeitszeitpunkt und Umfang genau bestimmte Leistung zum Gegenstand haben. Auch sich gleichsam jeden Tag erneuernde Leistungen fallen darunter, wenn nur die Einzelleistungen die gleiche Höhe haben.

Bedarfsleistungen haben keine festen Leistungsinhalte. Ihr Inhalt bestimmt sich nach dem jeweiligen Bedarf der Religionsgesellschaften³⁾. Eine typische Bedarfsleistung ist die Baulast: Jedesmal wenn eine Reparatur des Gebäudes notwendig ist, hat der Staat sie zu bezahlen. - Die Pflicht, einer Religionsgesellschaft ein Gebäude zur Verfügung zu stellen, ist eine Betragsleistung - es ist immer (bestimmt) dasselbe Gebäude (bestimmt) zur Verfügung zu stellen - ,

1) Terminus von Lang, S. 23.

2) Diese Formel trifft auch den Sonderfall bei J. Schmitt, Ablösung, S. 26: Hat der Staat einen selbständigen Träger säkularisierten Kirchenvermögens geschaffen und hatte er sich vorher verpflichtet, aus diesem Vermögen Leistungen an die Kirche zu erbringen, so ist er auch jetzt Schuldner dieser Leistung. Da er auch hier Anordnender ist, sind auch diese Leistungen Staatsleistungen!

3) vgl. Lang, S. 45.

während die Pflicht, dieses Gebäude zu beheizen, eine Bedarfsleistung ist - es ist jedesmal, wenn es notwendig ist (unbestimmt) mit der erforderlichen Intensität (unbestimmt) zu heizen. Eine Bedarfsleistung liegt also immer dann vor, wenn Fälligkeitszeitpunkt oder (und) Umfang der Einzelleistung unbestimmt sind.

Die Bedarfsleistungen unterteilen sich in primäre, d.h. automatisch bei Auftreten des Bedarfs fällig werdende, und sekundäre (subsidiäre), d.h. erst dann fällig werdende, wenn die der betreffenden Religionsgesellschaft dafür zur Verfügung stehenden Mittel nicht ausreichen oder die Zahlungsverpflichtung eines anderen nicht ausreicht. ¹⁾

2. Religionsgesellschaften

Der Gebrauch des Wortes Religionsgesellschaft im kirchenpolitischen System des Grundgesetzes entspricht zwar dem Paritätsgedanken und der religiösen Neutralitätspflicht des Staates, nicht aber den tatsächlich zwischen den großen Kirchen und den kleinen Religionsgemeinschaften bestehenden und nicht hinwegnormierbaren Unterschieden. Für das Anliegen des Art. 138 I ist dieser Begriff jedoch angemessen, da kleine wie auch große Religionsgesellschaften vom Staat dotiert werden und eine weitgehende schematische Parität auf dem finanziellen Sektor durchaus möglich ist, um dem Trennungsgedanken Rechnung zu tragen.

Das kirchenpolitische System des Grundgesetzes unterscheidet Religionsgesellschaften (Religionsgemeinschaften), religiöse Vereine (vgl. Art. 138 II WV) und Weltanschauungsvereinigungen (vgl. Art. 137 VII WV). Der Unterschied zwischen einer Religionsgesellschaft und einem religiösen Verein

¹⁾ vgl. dazu auch Glade, S. 38; Hermanns, S. 5 f.; RGZ 113,349(378 f.) Zum ganzen Weber, Ablösung, S. 56 ff.

besteht darin, daß einer Religionsgesellschaft das umfassende Bekenntnis wesentlich ist ¹⁾, während die Mitglieder eines religiösen Vereins, gleichgültig ob derselben oder verschiedenen Religionsgesellschaften angehörend ²⁾, sich lediglich zur Pflege einer besonderen einzelnen religiösen Aufgabe zusammengeschlossen haben ³⁾, z.B. Orden und Missionsvereine.

Von der Weltanschauungsvereinigung unterscheidet sich die Religionsgesellschaft dadurch, daß sich ihre Mitglieder "mit einer oder mehreren Gottheiten verbunden fühlen" und ihr bzw. ihnen "kultische Verehrung erweisen" ⁴⁾, während die Weltanschauungsvereinigungen "das Weltganze und die Stellung des Menschen in ihm von anderen als von religiösen Grundlagen aus zu erkennen und zu bewerten suchen", wie z.B. Atheismus und Monismus ⁵⁾.

Die ausdrückliche Erwähnung des religiösen Vereins neben der Religionsgesellschaft in Art. 138 II WV läßt nur den Schluß zu, daß ersterer nur dann die gleiche Rechtsstellung wie die letztere hat, wenn die Verfassung dies besonders normiert. Leistungen an religiöse Vereine sind daher nicht solche an die Religionsgesellschaften i.S. des Art. 138 I ⁶⁾. Religionsgesellschaften i.S. des Art. 138 I sind auch nicht Weltanschauungsvereinigungen, obgleich diese ihnen in Art. 137 VII WV gleichgestellt sind, denn

-
- 1) Anschütz, Art. 137, Anm. 2, S. 633 Fn. 3; Gebhard, Art. 137 Anm. 3; OVG Berlin KirchE Bd. 2, 26(30).
 - 2) so Anschütz, Art. 137, Anm. 2, S. 633 f.; J. Schmitt, Selbstverwaltung, S. 3; OVG Berlin, a.a.O.
 - 3) Ebers, S. 169; Gebhard, a.a.O.; Mikat, S. 148; Millack, S. 21; Anschütz, Art. 137, Anm. 2, S. 633 Fn. 3; OVG Berlin, a.a.O.; wohl anders Huber, Garantie, S. 34.
 - 4) so Mikat, S. 148.
 - 5) so Mikat, S. 150; vgl. auch Ebers, S. 170.
 - 6) ebenso Huber, Garantie, S. 56.

diese Gleichstellung bezieht sich nur auf Art. 137 WV ¹⁾. Das folgt aus der Stellung der Vorschrift am Ende eines Artikels, der inmitten der zum kirchenpolitischen System des Grundgesetzes gehörenden Normen steht. Sollte die Gleichstellung überall gelten, so gehörte diese Vorschrift an die Spitze oder an das Ende der Artikel des kirchenpolitischen Systems. Weltanschauungsvereinigungen sind daher ebenfalls nicht Religionsgesellschaften i.S. des Art. 138 I ²⁾.

Einer Unterscheidung zwischen den Religionsgesellschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, und solchen, die es nicht sind, ferner zwischen solchen, die rechtsfähig sind, und solchen, die es nicht sind, bedarf es nicht, denn aus Art. 137 VI WV, der das Steuererhebungsrecht ausdrücklich auf die Religionsgesellschaften beschränkt, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, ist zu schließen, daß die Vorschriften des Grundgesetzes im Zweifel für alle Religionsgesellschaften gelten. Auch der Gedanke einer weiten Auslegung der Begriffe des Art. 138 I spricht für dieses Ergebnis. Für die nichtrechtsfähigen Religionsgesellschaften sind dazu noch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den nichtrechtsfähigen Verein zu beachten, aus denen sich in Bezug auf ihre vermögensrechtliche Behandlung einige Besonderheiten ergeben. ³⁾

1) Anschütz, Art. 137 Anm. 12, S. 650; Gebhard, Art. 137 Anm. 5; Giese, Art. 137, Anm. 8; Schoen, Staat, S. 27 Fn. 55.

2) Nach Weber, Ablösung, S. 49, erhalten die Weltanschauungsvereinigungen überhaupt keine Staatsleistungen.

3) vgl. dazu auch Koellreutter, S. 10; Lang, S. 22.

Als Religionsgesellschaft wird im allgemeinen die in einem Staat oberste Organisation der Anhänger eines bestimmten Glaubens bezeichnet ¹⁾, die die oberste Organisation der Religionsgesellschaften überhaupt sein kann, nicht aber sein muß, so z.B. eine evangelische Landeskirche oder eine katholische Diözese ebenso wie die Katholische Kirche oder die Evangelische Kirche Deutschlands (EKD) ²⁾. Würde diese Definition den Begriff der Religionsgesellschaft für Art. 138 I abschließend umschreiben, dann wäre dessen Bedeutung sehr gering, denn der größte Teil der Staatsleistungen fließt den Untergliedern oder einzelnen Bediensteten der betreffenden Religionsgesellschaften unmittelbar zu und würde somit von Art. 138 I nicht erfaßt.

Da lediglich der Wortlaut, der allgemein übliche Sprachgebrauch für diesen engen Begriff spricht, wird er zu Recht allgemein über seinen Wortlaut hinaus ausdehnend ausgelegt, und wird es zu Recht als gleichgültig angesehen, welches Institut einer Religionsgesellschaft im einzelnen Falle Träger der Vergünstigung ist ³⁾. Für diese

-
- 1) Anschütz, Art. 137 Anm. 2; Breitfeld, S. 37; Ebers, S. 167 f.; in der Sache ebenso Gebhard, Art. 137, Anm. 3; Giese, Art. 137, Anm. 3; Glade, S. 14; Mikat, S. 148 f.; J.Schmitt, Selbstverwaltung, S. 1; wohl anders Millack, S. 21, der in seiner Begriffsbestimmung der Religionsgesellschaft von dem "für ein Gebiet" erfolgten Zusammenschluß spricht und "Gebiet" so verstanden wissen will, daß darunter jede "Organisationsform mit Selbstverwaltung" fällt und er zählt auf: Kirchengemeinde, Kirchenkreis, Kirchenprovinz, Landeskirche.
- 2) vgl. dazu Gebhard, Art. 137 Anm. 3; Mikat, S. 149.
- 3) so RGZ 111, 134 (146); ebenso Anschütz, Art. 138, Anm. 6, S. 654; Berner, S. 84; Fürstenau, S. 1255; Gebhard, Art. 138, Anm. 3; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 d; Giese, Staatsleistungen, S. 198; Glade, S. 15; Hermanns, S. 4; Israel, S. 27; Kress, S. 19; Lang, S. 21; Liermann, Staat, S. 67 und Kirchenrecht, S. 373; J.Schmitt, Selbstverwaltung, S. 4; Weber, Ablösung, S. 49; Zinnstein, Art. 52 Anm. 2; Duske, S. 10; RG JW 1927, 1253 (1254); RGZ 129, 72 (78); StGH RGZ 128, Anh. 16 (29); wohl auch Breitfeld, S. 37 f.

Ansicht sprechen sowohl die Entstehungsgeschichte der Vorschrift in Weimar ¹⁾ als auch die Tatsache, daß der Staat Leistungen und Leistungsansprüche oft nur aus verwaltungstechnischen Gründen, um Umwege zu vermeiden, Untergliedern und Einzelpersonen unmittelbar gewährt. Eine Unterscheidung würde daher sinnlos sein ²⁾. Auch kann eine Auslegung, die die Erreichung des Zweckes dieser Vorschrift, den Staat von den finanziellen Beziehungen zu den Religionsgesellschaften zu lösen, unmöglich macht, nicht zutreffen, da sie von der Verfassung nicht gewollt sein kann ³⁾. Ferner ist zu bedenken, daß jede Leistung an einen Teil einer Religionsgesellschaft nicht nur diesem Teil, sondern der gesamten Organisation und somit jedem einzelnen ihrer Anhänger zugute kommt.

Religionsgesellschaft i.S. des Art. 138 I kann daher grundsätzlich jeder Teil einer Religionsgesellschaft sein, gleichgültig, ob er rechtsfähig ist oder nicht, und jeder ihrer Bediensteten.

3. Leistungen an die Religionsgesellschaften

Unter den von den Religionsgesellschaften durchgeführten und vom Staat geförderten Aufgaben befinden sich nicht nur solche, die allein Anliegen der betreffenden Religionsgesellschaft sind, sondern auch solche, die der Staat als seine Aufgabe ansieht. Andererseits nimmt der Staat selbst Aufgaben wahr, die typisches Anliegen einer Religionsgesellschaft sind. Es fragt sich nun, ob die staatliche Förderung aller dieser Aufgaben Leistung "an die Religionsgesellschaften" ist oder ob zu trennen ist zwischen der Förderung von Aufgaben, die der Staat als seine, und solchen, die er als Aufgabe der Religionsgesellschaften

1) Breitfeld, a.a.O.; Glade, a.a.O.

2) vgl. Fürstenau, a.a.O.

3) vgl. Fürstenau, S. 1255; Glade, S. 15; Israel, S. 27.

ansieht. Diese Unterscheidung ist in Literatur und Rechtsprechung üblich, und man begrenzt Art. 138 I auf die Förderung von solchen Aufgaben, die der Staat nicht als die seinen ansieht ¹⁾.

Die Berechtigung der Beschränkung der Ablösungspflicht auf solche Leistungen, die nichtstaatliche Ziele verfolgen, ergibt sich aus der Funktion und dem Anliegen des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes. Es wurde geschaffen, weil der Staat im Interesse der Glaubensfreiheit seiner Bürger religiös neutral sein, weil er die Pflege eines bestimmten Glaubensbekenntnisses nicht als Staatsaufgabe ansehen wollte. Erfüllen die Religionsgesellschaften aber Aufgaben, die der Staat als staatliche und nicht als religiöse Aufgaben ansieht, so paßt für sie das vom Staat mit dem kirchenpolitischen System verfolgte Anliegen nicht mehr. Wegen der grundsätzlich positiven Einstellung zu den Religionsgesellschaften ist für diese Aufgaben der Trennungsgedanke unerheblich. Als Teil dieses Systems kann Art. 138 I nur ein diesem System entsprechendes Anliegen verfolgen, d.h. nur die staatliche Förderung des nichtstaatliche Aufgaben betreffenden Tätigkeitsbereichs der Religionsgesellschaften einer Ablösung unterwerfen wollen.

Diese Feststellung führt infolge der Tatsache, daß die Rechtsgrundlage einen bestimmten Zweck nennen kann, zu dessen Verfügung der Religionsgesellschaft die Staatsleistung gewährt wird, aber nicht nennen muß, es vielmehr auch ausreicht, wenn der Betrag ohne Angabe eines konkreten Zweckes der Religionsgesellschaft als solcher versprochen wird ²⁾, zu der Frage, ob sie nur dort bedeutsam

¹⁾ RGZ 111,134(145); Duske, S. 9; Friedrich, Kirchenrecht, S. 492; Geller-Kleinrahm Art. 21, Anm. 3 c; Hermanns, S. 2; Israel, S. 28; Lang, S. 22; Mess, Sp. 337 f.; Weber, Ablösung, S. 56, alle ohne Begründung.

²⁾ allg. Meinung Hermanns, S. 5; Liermann, Kirchenrecht, S. 372; Weber, Ablösung, S. 60 ff. (mit einer Übersicht über die verschiedenen Zwecke); StGH RGZ 118, Anh. 1(11).

ist, wo ein bestimmter Zweck angegeben ist oder auch in allen anderen Fällen. Von der zweiten Möglichkeit auszugehen, hätte eine große Unsicherheit zur Folge: Da die Religionsgesellschaften ihnen ohne besondere Zweckbestimmung zugewendete Beträge in jedem Haushaltsjahr für andere Zwecke verwenden können, hinge das Unterfallen dieser Leistungen unter Art. 138 I von dem gerade in dem entscheidenden Zeitpunkt ¹⁾ im Haushalt der betreffenden Religionsgesellschaft für diesen Betrag festgesetzten Zweck ab. Es würde also dem Zufall bzw. der jeweiligen Religionsgesellschaft selbst überlassen sein, ob eine solche Leistung unter Art. 138 I fällt oder nicht. Darüber hinaus ist eine bestimmte Verwendungsart in den Fällen gar nicht feststellbar, in denen eine Religionsgesellschaft den betreffenden Betrag, wie wohl üblich, mit ihren anderen Einkünften in einen Topf wirft, aus dem dann die Ausgaben bestritten werden. Deshalb ist davon auszugehen, daß die Religionsgesellschaften solche ihnen ohne besondere Zweckbestimmung zugewendeten Beträge für nicht zugleich auch staatliche Aufgaben verwenden, der Zweck mithin nur dort eine Rolle spielt, wo er in der Rechtsgrundlage angegeben ist.

Doch wann liegt eine staatliche Aufgabe vor? Typische, von den Religionsgesellschaften oft betreute Aufgaben, die der moderne Sozialstaat auch als seine Aufgaben betrachtet, sind z.B. die Unterhaltung von Krankenhäusern, Alters- und Pflegeheimen, Mütterberatungsstellen, Schulen, Friedhöfen etc. Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß alle Einrichtungen, die sowohl der Staat als auch die Religionsgesellschaften tatsächlich heute betreiben, immer staatliche

1) zum genauen Zeitpunkt s. unten Kap. III.

Aufgaben zum Gegenstand haben. Wie die folgenden Beispiele zeigen, kann die Abgrenzung von staatlichen und nichtstaatlichen Aufgaben dort zweifelhaft sein, wo es um die Förderung von Angelegenheiten geht, die an sich als spezifisch nichtstaatliche anzusehen sind:

Die Ausbildung und Besoldung der Religionsdiener sowie die Verkündigung ihres Glaubensbekenntnisses sind ureigene Anliegen einer jeden Religionsgesellschaft, so daß die staatlichen Beiträge für die Durchführung dieser Aufgaben immer solche "an die Religionsgesellschaften" sein müßten. Dennoch hat der Staat dadurch, daß er in Art. 7 III 1 GG den Religionsunterricht an öffentlichen Bekenntnisschulen für ein ordentliches Lehrfach erklärte, nicht nur die Erteilung des Unterrichts, sondern auch die Ausbildung und Besoldung der erforderlichen Lehrkräfte als seine Aufgabe übernommen ¹⁾. Die Ausbildungs- und Besoldungskosten für Religionslehrer sind also nicht Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften. Das Gleiche gilt für die Unterhaltung der Theologischen Fakultäten an Universitäten, weil der Staat sie als einen grundsätzlich wie jede andere Fakultät zu behandelnden Teil der staatlichen Universität (vgl. Art. 19 RK) betrachtet ²⁾, und für die in der Denkmalschutzrolle eingetragenen Bauten der Religionsgesellschaften. Nichtstaatliche Aufgaben behandeln demgegenüber die Berechtigungen in Art. 141 WV, da sie nur eine besondere

1) Hamann, Art. 7, Anm. B 7; Kern, S. 117; Mikat, S. 197.

2) Friedrich, Kirchenrecht, S. 492; Kern, S. 117; Mess, Sp. 338; Mikat, S. 199; Weber, Ablösung, S. 56.

Ausprägung der Religions(ausübungs)freiheit des Art. 4 I und II GG sind ¹⁾, und die z.B. in Art. 20 RK und Art. 16 II NWVerf angesprochenen kirchlichen Hochschulen ²⁾. Diese Beispiele zeigen, daß die Auslegung der diese Aufgaben umreißen den Rechtsnormen eine Klärung der Zweifel ermöglicht.

-
- 1) vgl. dazu Präambel, Art. 2 I und Regierungsbegründung des Vertrages der Bundesrepublik Deutschland mit der ev. Kirche in Deutschland zur Regelung der ev. Militär-Seelsorge vom 22.2.1957 (BGBl II, S. 702), abgedruckt bei Weber, Konkordate, S. 132 ff. Die gem. Art. 2 II dieses Vertrages vom Staat zu tragenden Kosten werden also "an die Religionsgesellschaften" geleistet. A.A. für die Anstaltsseelsorge Kern, S. 117; Mess, Sp. 377; Weber, Ablösung, S. 56 (auch für die Wehrmachtsseelsorge) und Staatsleistungen, Sp. 316.
- 2) vgl. Geller-Kleinrahm, Art. 16, Anm. 14 b aa; Mikat, S. 199 Fn. 370; Süsterhenn, S. 182.

II. Kapitel: Die kompetenzen des Art. 138 I

=====

I. Das Bestehen einer Kompetenz sowohl des Bundes als auch der Länder.

In der Literatur wird fast einhellig davon ausgegangen, daß in Art. 138 I 2 statt "Reich" "Bund" zu setzen ist und somit Bund und Länder zur Regelung der Ablösung gemeinsam zuständig sind ¹⁾. Nur Zinn ²⁾ bestreitet dem Bund jegliche Zuständigkeit auf dem Gebiet des Religionswesens - allerdings (ebenso wie der Vertreter der h.M.) ohne Begründung.

In der Weimarer Zeit war es wegen des Wortlauts des Art. 138 I und des Vorhandenseins von "Reich" und "Ländern" eindeutig, daß sowohl das Reich als auch die Länder nach der Verfassung zur Durchführung des Art. 138 I berufen waren. Die Begründung, daß das Grundgesetz kein "Reich" mehr kennt und deshalb - weil ja gem. Art. 30 GG die Länder zuständig sind, "soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt", und weil nach Art. 70 I GG die Länder das Recht der Gesetzgebung haben, "soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde (!) Gesetzgebungsbefugnisse verleiht." - die Reichtskompetenz quasi an die Länder zurückgefallen ist, könnte das von Zinn vertretene Ergebnis nicht tragen. Eine solche formale Begründung würde außer Acht lassen, daß Art. 138 I heute eine Bestimmung des Grundgesetzes ist, das wie die Weimarer Verfassung einen bundesstaatlichen Staatsaufbau festlegt. In diesem zwar gegenüber dem Weimarer verschieden ausgestalteten Bundesstaat hat der Bund als der Oberstaat die Funktion des Reiches als dem Oberstaat der Weimarer Verfassung übernommen. Mithin gibt es zwar für

1) so Fischer, S. 210; Friedrich, Buchbesprechung, S. 102 und Kirchenrecht, S. 491; Hesse, Entwicklung, S. 19 u. 59; Hofmann, S. 150; Kern, S. 119; v. Mangoldt-Klein, Vbm. VI 1 a vor Art. 70; Maunz-Dürig, Art. 70, Rdn. 22. Widersprüchlich Hamann, einerseits Art. 140, Anm. A 1 a, andererseits Art. 140, Anm. B 11.

2) Bund und Länder, S. 299 und Rechtseinheit, S. 687; anders jedoch Zinn-Stein, Art. 52, Anm. 1.

Art. 138 I kein "Reich" mehr, wohl aber in der Verfassung, in der er nun gilt, den funktionell an die Stelle dieses Reiches getretenen Bund, so daß das "Reich" nicht ersatzlos weggefallen, sondern durch den "Bund" ersetzt ist. Dabei kann die mangelnde Anpassung des Wortlauts des Art. 138 I 2 an die Terminologie des Grundgesetzes mit der Art und Weise der Übernahme der Vorschrift ins Grundgesetz durch Verweisung ganz zwanglos erklärt werden.

Ein Anhaltspunkt dafür, daß die Kompetenz des Art. 138 I 2 in der Weimarer Verfassung abhängig von der dem Reich in Art. 10 Nr. 1 WV gewährten Kompetenz zur Regelung der "Rechte und Pflichten der Religionsgesellschaften" war und deshalb, da das Grundgesetz diese Kompetenz nicht übernommen hat, zwangsläufig mit dieser untergegangen ist, ist nicht ersichtlich. ¹⁾ Auch aus dieser Überlegung kann also kein Argument für die Auffassung von Zinn gewonnen werden.

Es bleibt zu klären, ob der von einigen Schriftstellern vertretenen Ansicht, daß die zum Bestandteil des Grundgesetzes erklärten kirchenpolitischen Bestimmungen der Weimarer Verfassung nur unter dem Vorbehalt, "soweit nicht dieses Grundgesetz entgegensteht", gelten ²⁾, zuzustimmen ist, und wenn ja, ob das Grundgesetz einer Ablösungskompetenz des Bundes entgegensteht. Angesichts der Tatsache, daß die Vertreter dieser Ansicht gleichzeitig davon ausgehen, daß die Art. 136-139 und 141 WV geltendes Bundesverfassungsrecht sind ³⁾, kann ihr Vorbehalt zwei Bedeutungen haben: Sie sehen die Weimarer Kirchenartikel als Verfassungsnormen niederen Ranges an, die an anderen Verfassungsnormen und -grundsätzen gemessen werden müssen, oder sie wollen nur

1) vgl. auch Smend, S. 11; Tigges, S. 52 ff.

2) Maunz, Staatsrecht, S. 138; Schlieff, S. 136; wohl auch Holtkotten in BK, Art. 140, Anm. II 3 u. 4.

3) s. oben S. 1 Fn. 1

verdeutlichen, daß bei der Auslegung besonders zu beachten ist, daß die Weimarer Kirchenartikel der einheitlichen Gesamtentscheidung der Verfassung entsprechend auszulegen sind. Diese letztere Bedeutung rechtfertigt den Vorbehalt nicht, da dies, wie oben ¹⁾ dargestellt, selbstverständlicher Auslegungsgrundsatz ist, ein Vorbehalt dieses Inhalts also überflüssig und verwirrend wäre. Die Beachtung dieses Auslegungsgrundsatzes wiederum kann den eindeutigen Wortlaut des Art. 138 I 2 nur berichtigen, wenn der Vorbehalt "soweit nicht ..." in seiner ersten Bedeutung hier zutrifft. Dafür braucht nicht das Problem der verfassungswidrigen Verfassungsnormen untersucht zu werden, denn Art. 138 I 2 könnte nur gegen den Grundsatz verstoßen, daß "Kultur Sache der Länder" ist ²⁾. Da dieser Grundsatz jedoch im Grundgesetz weder positiv ausgesprochen noch materiell ausnahmslos verwirklicht ist, wie die Art. 73 Nr. 1 und 9, 74 Nr. 5, 10 und 13, 75 Nr. 2 GG zeigen, kann ein Verstoß gegen ihn gar nicht vorliegen ³⁾. Daher ist die Ansicht von Zinn abzulehnen und von einer gemeinsamen Zuständigkeit von Bund und Ländern zur Bewältigung des Art. 138 I auszugehen.

1) S. 2 bis 4.

2) vgl. dazu ausführlich v. Mangoldt-Klein, Vbm. VII vor Art. 70.

3) Im übrigen ist die Annahme eines Vorbehalts dieses Inhalts m.E. schon deshalb unrichtig, weil er überhaupt nur dann einen Sinn haben kann, wenn man die Art. 136-139 und 141 WV als Verfassungsvorschriften ansieht, die einen gegenüber allen anderen Vorschriften des Grundgesetzes niedrigeren Rang haben, denn die Meßbarkeit der Geltung und des Inhalts bestimmter Verfassungsnormen an bestimmten anderen geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungssätzen wohnt solchen Bestimmungen auch ohne entsprechenden Vorbehalt schon von selbst inne. Solche gegenüber allen Verfassungssätzen niedriger-rangigen Vorschriften kennt das Grundgesetz jedoch nicht: Es ist auch insoweit eine Einheit! vgl. dazu BVerfG 3, 225 (231 f.); Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S. 32 ff.; Maunz, Staatsrecht, S. 260 f.

II. Die Auslegung des Art. 138 I im Hinblick auf den Inhalt der beiden Kompetenzen

Art. 138 I 2 ist die einzige Vorschrift des Grundgesetzes, die dem Bund eine Zuständigkeit zur Aufstellung von "Grundsätzen" zuweist. Deshalb können Parallelen zu anderen Normen des Grundgesetzes erst dann gezogen und kann eine Einordnung der Bundeskompetenz in die Systematik des Grundgesetzes erst dann erfolgen, wenn der Inhalt der beiden Zuständigkeiten soweit wie möglich durch Auslegung dieser Bestimmung ermittelt ist.

1. Abgrenzung der beiden Kompetenzen voneinander

Die Bund und Ländern in Art. 138 I verliehenen Zuständigkeiten haben einen verschieden großen Umfang. Wie die Formulierung "...werden durch die Landesgesetzgebung abgelöst" gegenüber der dem Bund verliehenen Kompetenz zur Aufstellung von Grundsätzen zeigt, liegt das Schwergewicht der Ablösungsbefugnisse bei den Ländern. Nicht die vom Bund erlassenen Grundsätze dürfen die Ablösung vornehmen, vielmehr haben die Länder abzulösen ¹⁾, d.h. die tauglichen Rechtsgrundlagen zu ermitteln, deren Aufhebung herbeizuführen, die Ablösungsleistung festzusetzen, kurz: den gesamten Ablösungserfolg herbeizuführen.

Diese Auslegung zeigt zunächst, daß, von der zeitlichen Reihenfolge her gesehen, die Grundsätze des Bundes als die gegenüber den von den Ländern aufzustellenden Regeln allgemeineren Rechtssätze deren Maßnahmen vorgeschaltet sein müssen. Damit ist allerdings nur festgestellt, daß die Aufstellung der Grundsätze durch den Bund dem Inhalt dieser Grundsätze nach gegenüber den Regeln der Länder das Primäre ist, nicht aber, daß die Länder diese Rechtssätze nicht selbst aufstellen dürfen, sondern auf jeden Fall warten müssen, bis der Bund tätig geworden ist.

1) ebenso Huber, Garantie, S. 60, und wohl auch Friedrich, Kirchenrecht, S. 490.

Die Aufteilung der Kompetenzen auf Bund und Länder unter Zugrundelegung einer bestimmten Reihenfolge ihrer Wahrnehmung ist nur sinnvoll, wenn die Adressaten der Bundesgrundsätze sich nach ihnen richten müssen. Daher enthalten solche Grundsätze, soweit in ihnen nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet ist, verbindliche Rechtsvorschriften. Während aus der eben skizzierten Auslegung des Art. 138 I nicht zwingend geschlossen werden kann, daß die Grundsätze des Bundes nur Richtlinien an die Länder, nicht aber für den einzelnen Ablösungsberechtigten unmittelbar geltende Normen enthalten dürfen - denn auch ohne einen materiellen Ablösungsakt vorzunehmen, könnte der Bund den Religionsgesellschaften Rechte verleihen und Pflichten auferlegen -, entnimmt Maunz ¹⁾ dies zutreffend dem Wörtchen "hierfür" in Art. 138 I 2. Sprachlogischen Gesichtspunkten und der Tatsache entsprechend, daß S. 1 an die Länder gerichtet ist, kann "hierfür" sich nämlich nur auf "Landesgesetzgebung" beziehen. Adressaten der Grundsätze können also nur die Länder sein; Rechte und Pflichten der einzelnen Ablösungsberechtigten vermögen sie nicht zu begründen.

Die Verschiedenheit der von Bund und Ländern zu treffenden Regelungen läßt sich abschließend recht einprägsam dadurch kennzeichnen, daß die Tätigkeit des Bundes, materiell (inhaltlich) gesehen, reine Gesetzgebung ist, während die Tätigkeit der Länder, materiell (inhaltlich) gesehen, primär Verwaltung ist.

Unter Berücksichtigung dieser Erörterungen kann Zweck der Verleihung einer Zuständigkeit des skizzierten Inhalts an den Bund nur die Gewährleistung einer einheitlichen Ablösungskonzeption sein. Mithin besteht die Aufgabe des Bundes darin, die dazu erforderlichen Vorschriften zu erlassen, insbesondere also Begriffe zu klären, die Grundsätze des Ablösungsverfahrens festzulegen und zu bestimmen, in welchem Geist die Ablösung durchgeführt werden soll.

¹⁾ Rahmengesetze, S. 3.

2. Ablösung durch die Landesgesetzgebung

Die Formulierung "... werden durch die Landes g e s e t z -
gebung abgelöst" zeigt, daß die Ablösungsvorschriften in
jedem einzelnen Bundesland durch einen Gesetzesbeschluß der
Gesetzgebungsorgane dieses Landes gebilligt werden müssen.
Sie beweist aber nicht, sondern begründet nur die Vermutung -
denn unter Gesetzgebung versteht man im allgemeinen die
einseitige Schaffung von Normen durch den Gesetzgeber - ,
daß das Grundgesetz für die Ablösung nicht den Vereinbarungs-
weg, sondern einseitige staatliche Maßnahmen vorschreibt ¹⁾;
sie kann aber auch bedeuten, daß die Gesetzgebungsorgane
der Länder der Ablösungsregelung lediglich zustimmen müssen,
gleichgültig, ob es sich dabei um ein Vertragswerk handelt
(Vertragsgesetz) oder um eine einseitige Regelung ²⁾. Die
Lösung dieses Problems ergibt sich aus einer Untersuchung
der Frage, auf welche Weise vertragliche Leistungen abzu-
lösen sind:

Zu den Verträgen des Art. 138 I zählen nicht nur die mit
innerstaatlichen Vertragspartnern abgeschlossenen - sie
kann der Staat durch Gesetz jederzeit auch einseitig auf-
heben ³⁾ -, sondern auch die mit dem Heiligen Stuhl abge-
schlossenen (Konkordate u.ä.), die, insbesondere was ihre
Aufhebung angeht, nach den Regeln des Völkerrechts behan-
delt werden ⁴⁾. Das Völkerrecht schreibt vor, daß ihm

-
- 1) vgl. Geller-Kleinrahm, Art. 21 Anm. 8; Huber, Verträge,
S. 123 und Ablösung, S. 7; widersprüchlich Hollös,
S. 60 und Glade, einerseits S. 26, andererseits S. 28.
- 2) so Weber, Ablösung, S. 45: "Allzu wörtlich will diese
... Wendung offenbar nicht verstanden sein." Ähnlich
Hermanns, S. 253: "...grundsätzlich nur einseitige Akte
des staatlichen Gesetzgebers vorgesehen, wobei dieser
auch Vereinbarungen vorschreiben kann, aber nicht muß."
vgl. auch Gebhard, Art. 138, Anm. 5 a.
- 3) Breitfeld, S. 43; Glade, S. 26; J.Schmitt, Ablösung,
S. 4 f.; Schoen, Staat, S. 15.
- 4) Glade, S. 26 f.; Holtkotten in BK, Art. 123, Anm. II
zu Abs. II, 1; Huber, Ablösung, S. 7-9; Koeniger, S. 149 f.;
Scheuner, Funktionsnachfolge, S. 37; Schoen, a.a.O.;
Schöppe, S. 55 ff. m.w.N.; Weber, Ablösung, S. 30, vgl.
auch Berber, S. 165 und J.Schmitt, Staatsleistungen, S. 21.

unterliegende Verträge gehalten werden müssen (pacta sunt servanda) ¹⁾ bzw. nur dann ganz oder teilweise ihre Wirkung verlieren, wenn ein vertraglich vorgesehener Endigungsgrund vorliegt, wenn sich die Parteien über die Aufhebung geeinigt haben oder wenn ein vom allgemeinen Völkerrecht anerkannter Endigungsgrund besteht ²⁾.

An diese Grundsätze sind Bund und Länder nicht nur deshalb gebunden, weil auch das Völkerrecht Recht ist, d.h. für die Adressaten seiner Rechtssätze verbindliche Normen enthält ³⁾, sondern auch deshalb, weil Art. 25 S. 1 GG "die allgemeinen Regeln des Völkerrechts", also auch die eben skizzierten, allgemein anerkannten Endigungsgründe völkerrechtlicher Verträge, zum "Bestandteil des Bundesrechts erklärt". Wenn auch mit der h.M. davon auszugehen ist, daß die allgemeinen Regeln des Völkerrechts mindestens all den Rechtssätzen vorgehen, die keinen höheren Rang haben als den "einfachen" Verfassungsrechts ⁴⁾, also auch dem Art. 138 I, so ist diese Streitfrage für unser Problem dennoch schon deshalb bedeutungslos, weil der Wortlaut des Art. 138 I beide Auslegungsmöglichkeiten deckt und somit dem Gedanken der einheitlichen Entscheidung der Verfassung entsprechend die Auslegung zu wählen ist, die diesen Gedanken am meisten beachtet, also die dem Art. 25 GG entsprechende Auslegung ⁵⁾. Daraus und aus der Tatsache, daß

1) so für Konkordate ausdrücklich Berber, S. 165.

2) vgl. Berber, S. 451 ff.

3) vgl. Berber, S. 9 ff., insbesondere S. 16 f. m.w.N.; Dahm, Bd. I, S. 7 ff. m.w.N.

4) vgl. dazu Berber, S. 100; Dahm, Bd. I, S. 67 f.; Hamann, Art. 25 Anm. B 2; v. Mangoldt-Klein, Art. 25 Anm. II m.w.N.

5) ebenso Dahm, Bd. I, S. 68.

In Weimar anders Gebhard, Art. 138, Anm. 5 a: "... er hat also eine einseitige Ablösung im Auge. Bemerkenswert ist, daß die RV auch die auf Vertrag beruhenden Leistungen der einseitigen staatlichen Gesetzgebung zur Verfügung stellt. Eine Ablösung im Wege des Vertrages ist damit aber nicht verboten."

nach der Fassung des Art. 138 I die, also alle Staatsleistungen, gleichgültig, ob sie auf Gesetz, Vertrag oder besonderem Rechtstitel beruhen, auf die gleiche Weise, nämlich durch die "Landesgesetzgebung", abgelöst werden sollen, folgt, daß die Ablösung immer im Vereinbarungswege erfolgen kann - bei dem Völkerrecht unterliegenden Verträgen aber erfolgen muß -, "Landesgesetzgebung" also die zweite der beiden oben angegebenen Bedeutungen hat, wenn bei heute noch geltenden und Staatsleistungen festsetzenden Abmachungen mit dem Hl. Stuhl nur eine Aufhebung im Vereinbarungswege in Betracht kommt ¹⁾.

Ein Ergebnis kann nur mit Hilfe von noch geltenden, aber vor 1919 abgeschlossenen Konkordaten gefunden werden, denn die Gliedstaaten eines Bundesstaates sind völkerrechtlich nur beschränkt rechtsfähig, d.h. nur soweit es die Verfassung des Bundesstaates zuläßt - vor 1919 aber waren die deutschen Teilstaaten auf staatskirchenrechtlichem Gebiet keinen bundesstaatlichen Beschränkungen unterworfen -, so daß ihre Konkordate, soweit sie über den ihnen belassenen außenpolitischen Kompetenzbereich hinausgehen, unwirksam sind, da in diesen Fällen ein insoweit nicht geschäftsfähiges, d.h. kein Völkerrechtssubjekt tätig geworden ist ²⁾. Bei nach 1919 abgeschlossenen Konkordaten würde die erforderliche Ablösungsform aus dem Inhalt des Wortes "Landesgesetzgebung" folgen, nicht aber, wie erforderlich, der Inhalt dieses Wortes aus der erforderlichen Ablösungsform.

Bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes hatten die Abmachungen mit dem Hl. Stuhl, die vor 1919 abgeschlossen worden waren, ihre Geltung weder infolge des Beitritts eines deutschen Landes zum Deutschen Reich von 1871 - zumal die

¹⁾ vgl. auch die zum selben Ergebnis führende Argumentation von Beier, S. 20 - 22; wie hier J.Schmitt, Ablösung, S. 13 f.

²⁾ Berber, S. 434; Dahm, Bd. III, S. 58 m.w.N.

staatskirchenrechtlichen Kompetenzen bei den Ländern verblieben - ¹⁾ noch infolge der Neugestaltung des Bundesstaates "Deutsches Reich" nach 1919 ²⁾, noch - und dies gilt auch für die nach 1919 abgeschlossenen Landeskongordate - infolge der Verwandlung des Deutschen Reiches in einen Einheitsstaat durch das "Gesetz über den Neuaufbau des Reiches" vom 30.1.1934 (RGBl I, S. 75) ³⁾ verloren. Das Inkrafttreten des Grundgesetzes änderte an dieser Rechtslage nichts. Selbst wenn man annimmt, daß das Wiedererstehen eines föderativen Staates nicht von selbst bewirkt hat, daß Partner der Abmachungen mit dem Hl. Stuhl, der ja infolge des Neuaufbaugesetzes das Reich geworden war, wieder das jeweilige Land bzw. die jeweiligen Länder geworden sind, so geht doch die Staatspraxis allgemein von dieser Tatsache aus, so daß die Rechtslage dennoch mit derjenigen identisch ist, die vor Inkrafttreten des Grundgesetzes bestand ⁴⁾. Heute gelten deshalb z.B. noch die Bullen

-
- 1) so Hamann, Art. 25 Anm. B 1; Scheuner, Funktionsnachfolge, S. 36; Schöppe, S. 80; zu der gegenteiligen Ansicht von Huber, Verträge, S. 126, s. sogleich.
 - 2) Mosler, S. 170; Schöppe, S. 73; im Ergebnis ebenso J. Schmitt, Ablösung, S. 11; für die Bulle "De salute animarum" von 1821 ebenso Beier, S. 22. A.A. Huber, Verträge, S. 126.
 - 3) Scheuner, Funktionsnachfolge, S. 35 f. (Begründung: mittelbare Haftung des Bundes für seine Glieder im Völkerrecht); Mosler, S. 170-172 (Begründung: Dieser Vorgang war wesensmäßig derselbe wie eine bloße außenpolitische Kompetenzbeschränkung oder -aufhebung eines Gliedstaates); Wengler, S. 613.
 - 4) Weber, Konkordate, S. 10; Scheuner, a.a.O., S. 36 m.w.N.; Wenner, Inhalt!; Art. 182 BayVerf. Art. 23 NWVerf. Für die in Art. 2 RK aufgeführten Landeskongordate gilt dies schon infolge der Fortgeltung des Reichskonkordats; vgl. Peters, Die Gegenwartslage, S. 198 f., der allerdings fälschlich davon ausgeht, die Landeskongordate seien dadurch Reichsrecht geworden; zutreffend Mikat, S. 122 f.

"Impensa Romanorum" von 1824, "Provida sollersque" von 1821 und "De salute animarum" von 1821 ¹⁾.

Sie enthalten weder vertraglich vereinbarte Endigungsgründe, noch sind sie jemals durch spätere Abmachungen ausdrücklich oder schlüssig aufgehoben worden, noch kommt für sie ein völkerrechtlich anerkannter Endigungsgrund in Betracht, insbesondere sind auch nicht infolge der Anwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus* ihre Staatsleistungen enthaltenden Rechtsgrundlagen zur Verfügung der Landesgesetzgebung gestellt, da die wichtigste Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit, eine so grundlegende, so wesentliche, so weitgehende, so umstürzende Veränderung, "daß dem durch die Veränderung beschwerten Vertragsteil die unveränderte Fortsetzung seiner Vertragspflichten nach Billigkeit, nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann" ²⁾, nicht vorliegt. Zwar kann eine bestimmte innere staatsrechtliche Struktur eines Staates unbedingte Geltungsvoraussetzung für einen völkerrechtlichen Vertrag sein, so daß die Veränderung dieser Struktur die Anwendbarkeit der *clausula* nach sich zieht ³⁾, was aber bei den zur Erörterung stehenden Zirkumskriptionsbullen mindestens hinsichtlich ihres vermögensrechtlichen Teils nicht angenommen werden kann. Somit können diese drei Bullen und damit auch alle seit 1919 abgeschlossenen Konkordate insoweit nur durch Vereinbarung

1) abgedruckt bei Schöppe, Konkordate seit 1800, S. 51 ff., 55 ff., 59 ff.

2) so Berber, S. 463.

3) dazu Wengler, Bd. I, S. 373 Fn. 1, letzt. Abs. und S. 613. A.A. Breitfeld, S. 44; Glade, S. 27 f.; Huber, Verträge, S. 126 f., die das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme bezgl. der Unerheblichkeit bundesstaatlicher Kompetenzveränderungen bzw. bezgl. der Unerheblichkeit des Beitritts zu einem Bundesstaat einerseits und der Anwendung der *clausula* andererseits bei völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht anerkennen, sondern bei solchen Veränderungen die *clausula* immer anwenden wollen.

aufgehoben werden ¹⁾ und bedeutet "Landesgesetzgebung", daß eine einseitige staatliche Regelung nicht erforderlich, wohl aber eine Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften eines jeden Landes zu der Ablösungsregelung notwendig ist.

3. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

(1) Zur Weimarer Zeit war die Frage, ob die Grundsätze des Reiches nur als formelles Gesetz ergehen konnten, unproblematisch, da Art. 173 WV ausdrücklich ein Gesetz vorschrieb ²⁾. Heute dagegen, wo Art. 173 WV nicht mehr gilt, ist zweifelhaft, ob nicht eine Verordnung ausreicht, denn die Fassung des Art. 138 I 2: "Die Grundsätze hierfür stellt das Reich auf", zwingt nicht zu der Annahme, daß ein formelles Gesetz erforderlich ist.

Eine solche Verordnung enthielte abstrakte und generelle, an die Länder gerichtete und für sie verbindliche Rechtsätze. Sie wäre eine gesetzvertretende, also dem formellen Gesetz im Rang gleiche Verordnung des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens, da sie eine unregelte Materie normierte und eine - im Gegensatz zur gesetzabhängigen Verordnung, die einen vom Gesetzgeber bereits konkretisierten Willen weiter ausbaut, also gewissermaßen nur noch Einzelheiten festlegt - eigenständige, von einem fest umrissenen Willen des Gesetzgebers unabhängige Regelung enthielte ³⁾.

Daß Art. 138 I 2 nur eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes enthalten kann, folgt aus einer Untersuchung der Frage, ob, die Richtigkeit dieses Ergebnisses unterstellt, der Bundes-

-
- ¹⁾ im Ergebnis ebenso J. Schmitt, Ablösung, S. 4 u. 13 f.; Weber, Ablösung, S. 45; Huber, Ablösung, S. 8 f. und Buchbesprechung, S. 149; Koeniger, S. 180; Schoen, Staat, S. 15; A.A. Hollös, S. 60, ohne Begründung.
- ²⁾ vgl. darüber hinaus noch Anschütz, Art. 6, Anm. 2; Huber, Verträge, S. 155.
- ³⁾ vgl. dazu Klein, Übertragung, S. 40 f.; Schack, S. 652 f.

tag diese Kompetenz auf die Bundesregierung delegieren könnte, so daß diese das Recht hätte, eine "Grundsatz-Verordnung" zu erlassen. Das Grundgesetz erklärt die Ermächtigung zum Erlaß einer solchen gesetzesvertretenden Verordnung zwar nicht ausdrücklich für unzulässig ¹⁾, wohl aber verbietet das Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem im Grundgesetz verhältnismäßig streng durchgeführten Gewaltenteilungsprinzip eine solche Ermächtigung, so daß nur die Verfassung selbst zum Erlaß einer solchen Verordnung ermächtigen kann ²⁾, wie das in den Art. 119 S. 2 und 132 IV GG geschehen ist. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses beweist Art. 80 GG, der den Erlaß von Verordnungen entsprechend dem Gewaltenteilungsprinzip an ganz konkrete Voraussetzungen knüpft. Er ermöglicht - unter Beachtung dieser Voraussetzungen - den Erlaß von gesetzesabhängigen Verordnungen grundsätzlich und den von gesetzesvertretenden Verordnungen nur ganz ausnahmsweise, nicht aber den Erlaß von gesetzesvertretenden Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens ³⁾.

Aus dieser Tatsache, daß Ermächtigungen zum Erlaß von Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens unzulässig sind, soweit nicht das Grundgesetz ausnahmsweise etwas anderes anordnet, folgt, daß in den Fällen, in denen es zweifelhaft ist, ob eine solche Ermächtigung auch tatsächlich vorliegt, diese Zweifel für die Regel, also für das Erfordernis eines formellen Gesetzes sprechen. Daher verlangt Art. 138 I 2 ein formelles Bundesgesetz.

-
- 1) es sei denn, man legt Art. 129 III GG entsprechend aus, was aber u.a. auch vom Bundesverfassungsgericht, BVerfG 8,274(306) und Schack, S. 653 zu Recht abgelehnt wird.
 - 2) so auch Klein, Übertragung, S. 65; Maunz-Dürig, Art. 80, Rdn. 10; Schack, S. 654; Wolff, Bd. I, § 25 VII a 2.
 - 3) ebenso Klein, a.a.O., S. 63 ff.; Maunz-Dürig, Art. 80, Rdn. 9; Schack, a.a.O.

Eine allgemeine Überlegung erhärtet dieses Ergebnis:
Wesentlicher Bestandteil eines jeden gewaltenteilenden
Rechtsstaates ist der Grundsatz, daß der Erlaß abstrakter
und genereller Rechtssätze Sache der Gesetzgebung ist. Aus-
nahmen sind deshalb nur insoweit vorhanden, als sie aus -
drücklich angeordnet worden sind. ¹⁾

(2) Für die Bundeskompetenz stellt sich nun dieselbe Frage,
wie sie unter 2. für die Landeskompetenz beantwortet wurde.
Da der Bund materielle Ablösungsakte nicht vornehmen kann,
ist von diesem Gesichtspunkt her eine Vereinbarung der
Grundsätze in keinem Falle notwendig. Die Formulierung des
Art. 18 I RK, daß "vor der Ausarbeitung der für die Ablösung
aufzustellenden Grundsätze rechtzeitig zwischen dem Hl.
Stuhl und dem Reich ein freundschaftliches Einvernehmen her-
beigeführt werden" wird, trägt zu einer Klärung ebenfalls
nichts bei, da sie nur ein Einvernehmen, also nur eine Ab-
stimmung der beiden Partner über den Rahmen, den die vom
Bund aufzustellenden Grundsätze einhalten müssen -ähnlich
den heute vor dem Erlaß eines Gesetzes zwischen dem Bund und
den interessierten Gruppen und Verbänden üblichen Ge-
sprächen - vorsieht, nicht aber eine Vereinbarung der Grund-
sätze selbst ²⁾.

Die grundsätzliche Anerkennung des Rechtes des Staates auf
Ablösung der Staatsleistungen in Art. 18 RK und in den Lan-
deskonkordaten und die Freundschaftsklausel in ihnen ver-
pflichten den Hl. Stuhl zwar, an der Durchführung der Ab-

¹⁾ vgl. Jacobi, Die Rechtsverordnungen, HdbDStR Bd. II,
S. 240; vgl. auch Heeger, S. 39. Mit dem Hinweis auf
die frühere Rechtslage und darauf, daß die Grundsätze
generelle Normen sind, bejahen auch Zinn-Stein, Art.
52 Anm. 1 das Erfordernis eines Gesetzes. Im Ergebnis
ebenso Hofmann, S. 150; Hesse, Entwicklung, S. 19;
Hermanns, S. 252; Weber, Mitwirkung, S. 45 und die unten
S. 84 Fn. 1-3 Zitierten.

²⁾ so auch Weber, Ablösung, S. 34; wohl ebenso Vogels,
Art. 21 Anm. 3; wohl a.A. Hofmann, S. 370; J.Schmitt,
Staatsleistungen, S. 21.

lösung mitzuarbeiten und sie nicht zu boykottieren, geben ihm aber genug freie Hand, um die Ablösung in seinem Sinne zu gestalten, so daß der Staat weitgehend auf sein Wohlwollen angewiesen ist. Daher ist davon auszugehen, daß es dem Ermessen des Bundes überlassen ist, ob er die Grundsätze einseitig oder im Vereinbarungswege festsetzen will ¹⁾.

Anhang zu 2. und 3.

In den Abschnitten 2. und 3. wurde mit Hilfe der Rechtslage für die katholische Kirche nachgewiesen, daß Bund und Länder bei der Durchführung des Art. 138 I in allen Fällen, also auch bei den übrigen Religionsgesellschaften, den Weg von Vereinbarungen wählen können. Fraglich ist nun, ob die Freundschaftsklauseln in den Konkordaten, zu deren Beachtung Bund und Länder entsprechend den obigen völkerrechtlichen Erwägungen verpflichtet sind, auf Grund des Paritätsgrundsatzes auch zugunsten und zu Lasten der anderen Religionsgesellschaften gelten. Dies ist zu bejahen, denn ein solches Gebot freundschaftlichen Verhaltens ist unabhängig von einer spezifischen Stellung und Größe einer Religionsgesellschaft. Mit anderen Religionsgesellschaften vertraglich vereinbarte Leistungen dagegen müssen nicht wegen des Paritätsgrundsatzes im Vereinbarungswege aufgehoben werden, da z.B. die Verträge des Staates mit einer evangelischen Landeskirche wegen der innerstaatlich und international rechtlich und tatsächlich anderen Stellung einer solchen Landeskirche gegenüber der des Hl. Stuhles keine völkerrechtlichen Verträgen gleichkommende Verbindlichkeit beanspruchen können. Würde man anders entscheiden, dann würde etwas Ungleiches, Unver-

1) ohne Begründung ebenso Anschütz, Art. 138 Anm. 4; Israel, S. 31.

gleichbares gleich behandelt werden ¹⁾. Entsprechendes gilt auch für die Verträge zwischen einem deutschen Land und einem katholischen Bistum, da dieses insoweit keine andere Stellung hat als eine evangelische Landeskirche.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß Vereinbarungen zwischen Staat und Religionsgesellschaften über die Durchführung des Art. 138 I immer möglich, in manchen Fällen dagegen notwendig sind. Dem Bund bleibt es unbenommen, den Ländern Vereinbarungen oder - soweit möglich - einseitige Regelungen vorzuschreiben und damit die Art und Weise der Auslegung der Freundschaftsklauseln für diesen Fall und den Geist der Ablösung zu beeinflussen.

4. Der Verfassungsbefehl des Art. 138 I

Eine dem Bund oder den Ländern durch das Grundgesetz verliehene Gesetzgebungszuständigkeit gibt ihnen regelmäßig nur das **R e c h t** zur Regelung des betreffenden Sachgebietes, kann aber auch eine Verpflichtung zu ihrer Wahrnehmung enthalten ²⁾, wie das z.B. in den Art. 6 V und 29 I 1 GG offensichtlich der Fall ist. Aus Art. 138 I dagegen kann eine solche Verpflichtung nicht ohne weiteres entnommen werden ³⁾.

¹⁾ Dem entspricht die Begründung zum Vertrag über die evangelische Militärseelsorge vom 22.2.1957, abgedruckt bei Weber, Konkordate, S. 142: "Außerlich ist der Vertrag weitgehend völkerrechtlichen Verträgen angeglichen. Das zeigt sich besonders in der Präambel und der Ratifikationsklausel. Der Vertrag folgt hierin den neueren Staatskirchenverträgen der Evangelischen Kirche". A.A. wohl Fittges, S. 69: "Soweit dagegen die Leistungen auf Vertrag beruhen, ist eine einseitige Regelung ausgeschlossen; denn die daraus sich ergebenden Verpflichtungen sind synallagmatischer Natur und unterliegen deshalb nicht einseitigen Änderungen".

²⁾ so statt aller v.Mangoldt-Klein, Vbm. II 7 a vor Art. 70 m.w.N.

³⁾ Sie wird bejaht von Poetzsch-Heffter, Art.138, Anm.1 ohne Begründung; Gebhard, Art.138 Anm. 5a; vgl. auch J.Schmitt Staatsleistungen, S. 20, der aber unter Hinweis auf Art. 18 RK den Untergang des Ablösungsbefehls annimmt.

Eine dem Art. 138 I 1 vergleichbare Fassung enthalten z.B. die Art. 24 III, 95 I, 108 V, 114 II 3 GG, für die durchweg eine Verpflichtung des Bundes zum Tätigwerden angenommen wird ¹⁾. Dieses Ergebnis wird nur von Maunz-Dürig und nur für Art. 108 V GG begründet ²⁾, und zwar mit dem Wörtchen "wird".

Auch die folgende Überlegung führt dazu, in Art. 138 I einen Normierungsbefehl an Bund und Länder enthalten zu sehen: Art. 138 I ist Teil des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes. Anliegen dieses Systems ist die Herbeiführung einer bestimmten Ordnung des Verhältnisses zwischen Staat und Religionsgesellschaften. Solange die Ablösung der Staatsleistungen noch nicht durchgeführt ist, ist ein Teil dieser Ordnung noch nicht verwirklicht, das von der Verfassung angestrebte Ziel also noch nicht erreicht. Wenn aber diese bestimmte, in sich geschlossene, einheitliche Ordnung des Verhältnisses von Staat und Religionsgesellschaften Anliegen des Grundgesetzes ist, dann kann dieses nicht das Bestehenbleiben oder Nichtbestehenbleiben eines dieser Ordnung widersprechenden Zustandes dem Belieben des Gesetzgebers überlassen haben.

Für die Annahme eines Verfassungsbefehls spricht auch, daß Art. 138 I ohne die vorgesehene gesetzliche Regelung keine seinem Anliegen der finanziellen Entflechtung von Staat und Religionsgesellschaften entsprechende Wirkung entfaltet ³⁾. Insoweit ist die Lage hier durchaus anders als

1) Für Art. 24 III: von Mangoldt-Klein, Art. 24, Anm. V; Giese-Schunck, Art. 24 Anm. 3; Maunz-Dürig, Art. 24 Rdn. 30; a.A. Maunz, Staatsrecht, S. 302; v. Mangoldt, S. 163. Für Art. 95 I: Holtkotten in BK, Art. 95, Anm. II 1 a. Für Art. 108 V: Maunz-Dürig, Art. 108, Rdn. 52; Bühler, in BK Art. 108, Anm. II 5. Für Art. 114 II: Maunz-Dürig, Art. 114, Rdn. 10.

2) Maunz-Dürig, Art. 108, Rdn. 52.

3) Auf Grund seiner im nächsten Kapitel beschriebenen Garantiefunktion wirkt er vielmehr gerade im entgegengesetzten Sinne.

z.B. in Art. 21 GG, der auch ohne das vorgesehene Bundesgesetz mindestens teilweise schon jetzt seinem Anliegen entsprechend angewendet werden kann und auch wird.¹⁾

Gegen die Annahme eines Verfassungsbefehls kann nicht die Pflicht des Staates angeführt werden, auf Konkordaten beruhende Leistungen im Vereinbarungswege abzulösen, da die oben erwähnten Freundschaftsklauseln die katholische Kirche verpflichten, an der Ablösung mitzuarbeiten, so daß der Staat nicht vor die Entscheidung gestellt ist, ob er den Verfassungsbefehl des Art. 138 I oder aber das Völkerrecht mißachten soll.

III. Die Reihenfolge der Wahrnehmung der beiden Kompetenzen

Oben²⁾ wurde gezeigt, daß die Gesetze der Länder den Bundesgrundsätzen ihrem Inhalt gemäß zeitlich nachfolgen. Im folgenden soll untersucht werden, ob sie ihnen immer nachfolgen müssen oder ob und in welcher Weise die Länder auch vor dem Ergehen von Bundesgrundsätzen zur Ablösung schreiten dürfen. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist nicht nur von theoretischer, sondern auch von weittragender praktischer Bedeutung, vor allem für die Bewertung der neuen Konkordate und Kirchenverträge und für den Wert der Bundeskompetenz überhaupt.

1. Die vertretenen Lösungen

Ob bzw. inwieweit Art. 138 I 2 eine Sperre für ein Tätigwerden der Länder vor Erlaß der Bundesgrundsätze enthält, ist in Vergangenheit und Gegenwart oftmals behandelt worden und auch heute noch lebhaft umstritten. Folgende Ansichten wurden bisher vertreten:

1) vgl. BVerfG, 2,1(14). Damit ist allerdings noch nicht gesagt, daß Art. 21 III GG keinen Verfassungsauftrag enthält, wie ihn z.B. v.Mangoldt-Klein, Art. 21, Anm. VIII annehmen.

2) S. 64 in Fn. 2.

- 1) Art. 138 I verbietet weder eine einseitige noch eine vereinbarte Ablösung vor Erlass der Bundesgrundsätze. Das ergibt sich daraus, daß die Bundeskompetenz einen Fall der Rahmengesetzgebung des Bundes enthält, so daß Art. 72 I GG anzuwenden ist ¹⁾.
- 2) Art. 138 I verbietet zwar eine einseitige, nicht aber eine vereinbarte Ablösung vor Erlass der Bundesgrundsätze. Er stellt nämlich eine Schutzvorschrift zugunsten der Religionsgesellschaften dar, wird also durch Ablösungsvereinbarungen nicht verletzt ²⁾, denn "volenti non fit iniuria" ³⁾! Nach der Ansicht von Glade ⁴⁾ folgt dieses Ergebnis aus der Entstehungsgeschichte des Art. 138 I ⁵⁾.
- 3) Ablösungsvereinbarungen sind zwar zulässig, können eine endgültige Regelung aber nur treffen, soweit sie den späteren Ablösungsgrundsätzen nicht widersprechen ⁶⁾.

-
- 1) so Weber, Mitwirkung, S. 45, der bezüglich der Zulässigkeit einer einseitigen Regelung wegen des Wegfalls des Art. 173 WV eine Wandlung gegenüber der Weimarer Zeit annimmt; ohne Begründung im Ergebnis ebenso Fischer, S. 210 f.
- 2) so Ebers, S. 250; Fittges, S. 66 u. 70; Friedrich, Kirchenrecht, S. 491; Gebhard, Art. 138 Anm. 5b; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 2a; Hermanns, S. 216; Hollös, S. 60; Kern, S. 118; J. Schmitt, Staatsleistungen, S. 11.
- 3) so Gebhard, a.a.O.; Süsterhenn-Schäfer, Art. 45, Anm. 2a.
- 4) S. 65 ff.
- 5) ohne Begründung ebenso RGZ 113,349(350); RG in Lammers-Simons, Bd. IV, 306(321); Hamann, Art. 140, Anm. B 11; Hesse, Entwicklung, S. 59; Hofmann, S. 370; Israel, S. 30; Lang, S. 47; Zinn-Stein, Art. 52 Anm. 1; unentschieden Mikat, S. 229. Die von Gebhard, a.a.O. und Giese, Art. 138, Anm. 2, verwendete Begründung mit Art. 173 WV ist heute infolge des Wegfalls dieser Vorschrift nicht mehr verwendbar.
- 6) Berner, S. 89; wohl auch Koeniger, S. 165.

4) Alle Ablösungsmaßnahmen der Länder vor Erlaß der Bundesgrundsätze sind unzulässig, denn Art. 138 I ist nicht nur eine Schutznorm für die Religionsgesellschaften, sondern seine Regelung wurde auch im Interesse des Bundes erlassen. So wie die Ablösung selbst nicht in das Belieben der Länder gestellt, sondern von Bundes wegen zwingend angeordnet ist, so ist Art. 138 I auch im Hinblick auf den Weg der Durchführung der Ablösung eine zwingende objektive Verfassungsnorm, die nicht durch Parteivereinbarung durchbrochen werden kann. Die Aufteilung der Kompetenzen wurde im Bundesinteresse vorgenommen und dieses Bundesinteresse verlangt eine Ablösung unter Zugrundelegung einheitlicher, zwingender Grundsätze. Jede andere Auslegung ist angesichts des Wortlauts und der ratio des Art. 138 I willkürlich ¹⁾.

2. Ermittlung der Reihenfolge durch Auslegung des Art. 138 I

Während die Vertreter der zweiten und vierten Ansicht das von ihnen vertretene Ergebnis durch Auslegung des Inhalts des Art. 138 I gewinnen, liegt die Argumentation Webers mehr auf systematischem Gebiet. Diese letztere Art des Vorgehens ist sehr bedenklich, denn es bleibt nicht nur unbewiesen, daß die Kompetenz des Bundes zur Aufstellung von Grundsätzen mit der Rahmenkompetenz identisch ist, sondern auch, daß, wenn das der Fall ist, Art. 72 I GG auf a l l e Fälle der Rahmenkompetenz, also auch auf den des Art. 138 I 2, anzuwenden ist. Vor allem aber führt sie zu einer besonders bei Art. 138 I bedenklichen Überbewertung eines bestimmten systematischen Gesichtspunkts, da diese Vorschrift Teil einer geschlossen durch Ver-

¹⁾ so Huber, Garantie, S. 99 f.; Koellreutter, S. 25 f. Ohne Begründung im Ergebnis ebenso Anschütz, Art. 138, Anm. 4; Feldmann-Geisel, S. 77; Meißner, S. 268; Vogels, Art. 21, Anm. 3; wohl auch Poetzsch-Heffter, Art. 138, Anm. 1; zweifelnd Liermann, Staat, S. 63 mit Fn. 1.

weisung ins Grundgesetz übernommenen Gruppe von Vorschriften und die einzige Norm des Grundgesetzes ist, die dem Bund eine Kompetenz zur Aufstellung von Grundsätzen verleiht. Daher wird hier zunächst an Hand des Inhalts und des Zwecks des Art. 138 I ermittelt, ob bzw. inwieweit Ablösungsvereinbarungen vor Ergehen der Bundesgrundsätze zulässig sind; erst danach wird untersucht, wie das gefundene Ergebnis in die Systematik des Grundgesetzes einzuordnen ist, bzw. ob zwingende systematische Gesichtspunkte diesem Ergebnis entgegenstehen und welchen Einfluß dies auf die gefundene Auslegung hat.

Das Argument von Vertretern der unter 2) aufgeführten Ansicht, Art. 138 I sei eine Schutznorm für die Religionsgesellschaften, ist zwar zutreffend, deckt aber nicht das damit begründete Ergebnis. Schutzzweck ist nämlich die Verhinderung einer Schmälerung der Finanzkraft der Religionsgesellschaften durch Maßnahmen des Staates, der nur dann mißachtet würde, wenn die Leistungen nicht abgelöst, sondern z.B. einfach eingestellt würden. Ablösungen entsprechen immer dem Schutzzweck des Art. 138 I!

Diese Begründung mit dem Schutzzweck kann nur aus der Situation der Weimarer Zeit heraus verstanden werden, wo man befürchtete, daß die kirchenfeindlichen Strömungen in einzelnen Ländern eine nicht durch das Reich in bestimmte Bahnen gelenkte einseitige und der Verfassung entsprechende Ablösung unmöglich machten, mindestens aber die Ablösung wegen mangelnden Wohlwollens in einer für die Religionsgesellschaften nachteiligen Form geregelt würde. Umso unverständlicher ist es, daß diese Begründung auch heute noch verwendet wird. Dem entspricht der Gedanke Israels ¹⁾, der ebenfalls zu der unter 2) aufgeführten Ansicht führt, daß Art. 138 I eine schiedlich-friedliche Durchführung der

¹⁾ S. 31.

Ablösung vorsehe und die Bundeskompetenz nur den Zweck habe, ein Verfahren für die Fälle zu bestimmen, in denen ein Einvernehmen zwischen Staat und Religionsgesellschaft nicht zu erzielen ist. Dieser Schluß kann aus Art. 138 I jedoch nicht gezogen werden, wie die Untersuchung der Tragweite der Bundeskompetenz gezeigt hat. Er hätte auch kaum einen Zweck, denn der Befehl der Verfassung abzulösen, in Verbindung mit der Notwendigkeit, vertragliche Leistungen an die katholische Kirche im Vereinbarungswege aufzuheben, haben einen ausreichenden Schutz auch der nichtkatholischen Religionsgesellschaften vor zu wenig wohlwollenden Ablösungsmaßnahmen zur Folge, da es dem Paritätsgrundsatz widersprechen würde, wenn die für diese getroffenen Ablösungsregelungen nicht auch bei ihnen angewendet würden. Angesichts dieser Tatsache erscheint die Aufteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Ablösung vor Erlass der Bundesgrundsätze je nach dem, ob es sich um eine einseitige oder um eine vereinbarte Maßnahme handelt, als nicht folgerichtig, denn die Religionsgesellschaften haben in jedem Falle eine sehr starke Stellung.

Ein Unterschied der Ablösungskompetenz zu den meisten anderen Kompetenzen zeigt deutlich, daß die Länder gar nicht das Recht zum abschließenden Tätigwerden vor Erlass der Bundesgrundsätze haben können. Während die Materien der meisten Kompetenzen eine jederzeitige erneute Regelung des betreffenden Sachgebietes ermöglichen und oft sogar notwendig machen, ist die Ablösungskompetenz geradezu darauf angelegt, nach einmaliger Wahrnehmung unterzugehen. Hat ein Bundesland in seinem Gebiet die Ablösung durchgeführt, dann sind seine finanziellen Beziehungen zu den Religionsgesellschaften beendet, so daß ein nochmaliges Tätigwerden auf diesem Gebiet nicht mehr möglich ist. Daraus folgt, daß die nach einer solchen Ablösung ergehenden Bundesgrundsätze in diesem Land keine Wirkung mehr haben können, ja, daß sie in dem Augenblick sinnlos, weil bis auf die Ablösung

der sehr geringen Bundesleistungen wirkungslos werden, in dem alle Länder vor dem Ergehen der Grundsätze die Ablösung durchgeführt haben.

Diese Folge würde vermieden, wenn man der unter 3) beschriebenen Ansicht folgen müßte, daß die Wirksamkeit der von den Ländern betriebenen Ablösung davon abhängig ist, ob sie mit den später ergehenden Bundesgrundsätzen in Einklang steht oder nicht. Diese Lösung entspricht jedoch nicht dem Wesen der Ablösung, denn sie hebt die Rechtsgrundlagen nur bedingt auf und setzt die Ablösungsleistung nur bedingt fest, verlegt also die eigentliche Ablösung in die Zukunft, nämlich auf den Zeitpunkt, wo an Hand der inzwischen ergangenen Bundesgrundsätze die endgültige Regelung getroffen wird. Eine Regelung in der von Berner und Koeniger vorgeschlagenen Art und Weise stellt also, eben weil sie einen nur vorläufigen Charakter hat, gar keine Ablösung dar, sondern eine Maßnahme, die den Zeitraum bis zur Ablösung betrifft, und deshalb in den Rahmen der im folgenden Kapitel zu erörternden Garantiefunktion des Art. 138 I gehört.

Die Feststellung, daß die vorzeitige Durchführung der Ablösung durch die Länder notwendig zu einer Beschränkung der Wirkung der Grundsätze des Bundes führt, kann nicht mit dem Hinweis als unbeachtlich angesehen werden, daß dieses Ergebnis von der Verfassung als möglich und zulässig gewollt sein könne, denn, wie oben ¹⁾ dargelegt, ist diese Aufteilung nicht ohne Grund und willkürlich erfolgt, sondern es liegt ihr ein ganz konkreter Zweck zugrunde, nämlich der, eine einheitliche Ablösungskonzeption zu gewährleisten. Die Erreichung dieses Zieles hat das Grundgesetz im Zweifel nicht in das Belieben der Länder gestellt, da solche Entscheidungen sich grundsätzlich für eine

¹⁾ s. oben S. 65 ; ebenso Huber, s.o.S. 79 mit Fn. 1.

politische Grundordnung von vornherein verbieten. Deshalb entspricht nur die Auffassung der Funktion und dem Willen des Grundgesetzes, die jegliches Tätigwerden der Länder vor Erlaß der Bundesgrundsätze für unzulässig erklärt.

IV. Einordnung der Bundeskompetenz in das System der Gesetzgebungszuständigkeiten des Grundgesetzes

Mittels Auslegung allein des Art. 138 I wurden das Vorliegen eines Verfassungsbefehls zur Ablösung bejaht, die Frage, welchen Inhalt die Bundeskompetenz hat, bisher damit beantwortet, daß der Bund selbst den Ablösungserfolg nicht herbeiführen darf und daß die Länder sich nach den Grundsätzen des Bundes richten müssen, und die Frage, ob die Länder vor Ergehen der Bundesgrundsätze die Ablösung durchführen dürfen, damit, daß ihnen jegliche Ablösungstätigkeit bis dahin untersagt ist. Die Beantwortung der ersten Frage ist unvollständig, da sie nichts darüber aussagt, welcher allgemeine Maßstab für die Weite der Regelungsbefugnisse des Bundes anzulegen ist; nach der bisherigen Auslegung würde nämlich der Bund die Länder ziemlich weitgehend von einer substantiellen und über die Aufstellung bloßer technischer Normen für die Durchführung der Ablösung hinausgehenden Gesetzgebungstätigkeit ausschließen können. Ferner bleibt zu klären, wie diese bisher gefundenen Ergebnisse in das System der Gesetzgebungszuständigkeiten des Grundgesetzes einzuordnen sind bzw. ob dieses System dazu zwingt, sie ganz oder teilweise umzustoßen. Die Beantwortung beider Fragen hängt eng zusammen, denn die Einordnung der Bundeskompetenz in das Gesetzgebungssystem des Grundgesetzes zwingt zur Klärung terminologischer Fragen, die wiederum Aufschluß darüber gibt, mit welchen anderen Bundeskompetenzen die des Art. 138 I zu vergleichen ist. Dadurch kann unter Verwertung der von Wissenschaft und Praxis gewonnenen Ergebnisse zu diesen Kompetenzen ein Maßstab für die Weite der

Bundeskompetenz des Art. 138 I 2 gewonnen werden.

Im Schrifttum wird die Kompetenz des Art. 138 I 2 teilweise als eine selbständig neben der ausschließlichen, der konkurrierenden und der Rahmenkompetenz stehende vierte Gesetzgebungsform angesehen als ein Überbleibsel der Grundsatzgesetzgebung der Weimarer Verfassung ¹⁾. Demgegenüber halten Weber ²⁾ und Nawiaskey-Lechner ³⁾ sie für einen Fall der Rahmenkompetenz des Bundes.

1. Art. 138 I 2 - in Weimar ein Fall der Grundsatzkompetenz des Reiches

Die Weimarer Verfassung enthielt in den Art. 10 und 11 (und sonst, soweit ersichtlich, nur noch in Art. 146 II WV) für eine Reihe von Sachgebieten eine Kompetenz des Reiches zur Aufstellung von Grundsätzen. Die Feststellung, daß die Kompetenz des Art. 138 I 2 zur Weimarer Zeit ein Fall der Grundsatzkompetenz des Reiches war, ist für beide oben angeführten Ansichten von Bedeutung. Die Vertreter der ersten können nur in diesem Falle Recht haben. Die Vertreter der zweiten können infolge des unterschiedlichen Wortlauts - "Grundsätze" in Art. 138 I 2 und "Rahmenkompetenz" nach ihrer Ansicht - nur so argumentieren, daß sie sich die Auffassung zu eigen machen, daß die Grundsatzgesetzgebung der Weimarer Verfassung der Vorläufer der Rahmengesetzgebung des Grundgesetzes ist ⁴⁾, so daß die Reichskompetenz des Art. 138 I 2 zur Rahmenkompetenz des Bundes nur dann geworden sein kann, wenn sie ein Fall der Grund-

¹⁾ Hermanns, S. 252; v. Mangoldt-Klein, Vbm. IV 1 vor Art. 70; Maunz, Rahmengesetze, S. 3; Maunz-Dürig, Art. 70, Rdn. 22; Mikat, S. 229, Fn. 522; Wilhelm, S. 9 Fn. 4.

²⁾ Mitwirkung, S. 45.

³⁾ zu Art. 145, S. 135.

⁴⁾ vgl. dazu statt aller v. Mangoldt-Klein, Art. 75, Anm. II 4. Ausführlich dazu unten S. 85 ff.

satzkompetenz des Reiches war. Die mangelnde Anpassung der Terminologie dieser Bestimmung an die des Grundgesetzes würde dabei darauf zurückzuführen sein, daß Art. 138 I Bestandteil einer Gruppe von Vorschriften der Weimarer Verfassung ist, die durch Bezugnahme auf diese Verfassung geschlossen ins Grundgesetz übernommen wurde, so daß eine Änderung des Wortlauts nicht in Betracht kam.

Die Frage, ob die Reichskompetenz des Art. 138 I ein Fall der Grundsatzgesetzgebungszuständigkeit des Reiches ist, wurde damals nur von Berner ¹⁾ und Huber ²⁾ aufgeworfen und von ihnen, allerdings ohne Begründung, bejaht.

(1) Unter den "Grundsätzen" der Grundsatzgesetzgebung verstand man damals im allgemeinen im Anschluß an die Begriffsbestimmung von Anschütz ³⁾ "nicht schlechthin 'Rechtssätze' oder 'Rechtsnormen', sondern allgemeine, leitende Rechtssätze, Richtlinien, welche der näheren Ausführung, der Ausgestaltung im einzelnen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt ihrer Anpassung an die besonderen Verhältnisse der einzelnen Länder ebenso fähig wie bedürftig sind." Diese Beschreibung des Begriffs "Grundsätze" zeigt, daß ein Gesetz, das auf Grund einer zum Erlaß eines Grundsatzgesetzes ermächtigenden Kompetenzvorschrift ergeht, ebenso wie ein im Rahmen des Art. 138 I ergangenes ein weiteres gesetzgeberisches Tätigwerden der Länder erforderlich macht, so daß beide Kompetenzen einander insoweit entsprechen.

(2) Das damals heftig umstrittene Problem, ob die Grundsätze des Reiches nur Richtlinien an die Länder ⁴⁾ oder auch für

1) S. 89.

2) Verträge, S. 155.

3) Art. 10/11, Anm. 1.

4) Nachweise bei Heeger, S. 13 u. Lassar, Die verfassungsrechtliche Ordnung der Zuständigkeiten, HdbDStR Bd. I, S. 306, Fn. 32.

den Einzelnen unmittelbar verbindliches Recht ¹⁾ enthalten durften, ist für Art. 138 I 2 bedeutungslos, da diese Vorschrift auf jeden Fall nur den Erlaß von Richtlinien erlaubt.

(3) Für die Annahme eines Falles der Grundsatzkompetenz spricht auch ein sprachlicher Gesichtspunkt. In den Art. 10 und 11 WV als den Katalogen der Grundsatzkompetenz des Reiches ist ebenso wie in Art. 138 I 2 von der Aufstellung von "Grundsätzen" die Rede und nicht etwa analog der Ausdrucksweise des Art. 6 WV von "Grundsatzgesetzgebung".

(4) Auch ein systematischer Gesichtspunkt ist hier anzuführen. Sieht man Art. 138 I 2 als einen Fall der Grundsatzkompetenz an, dann fügt er sich ohne weiteres in das in den Art. 6-11 WV zum Ausdruck gekommene System der Gesetzgebungszuständigkeiten der Verfassung ein, während er sonst eine aus diesem System herausfallende Einzelkompetenz darstellen würde.

(5) Gemäß Art. 12 I WV durften die Länder auch auf den Sachgebieten, die den in den Art. 10 und 11 WV aufgeführten Kompetenzen zugrunde lagen, solange und soweit tätig werden, wie das Reich die Materie noch nicht geregelt hatte ²⁾. Da sich aus dieser Vorschrift eine Beschränkung auf die in den Art. 10 und 11 WV geregelten Materien der Grundsatzkompetenz nicht entnehmen läßt, galt Art. 12 I WV an sich auch bei Art. 138 I 2. Das verhinderte jedoch ausdrücklich Art. 173 WV ³⁾. Auch daraus kann geschlossen werden, daß Art. 138 I 2 einen Fall der Grundsatzkompetenz enthält, denn wenn diese Bestimmung eine aus dem Gesetzgebungssystem der

1) so die damals weitaus h.M.; vgl. Anschütz, Art. 10/11, Anm. 7 m.w.N.

2) so auch Anschütz, Art. 12 Anm. 1

3) ebenso Giese, Art. 12, Anm. 1; Poetzsch-Heffter, Art. 12, Anm. 1.

Weimarer Verfassung herausfallende Kompetenz enthalten sollte, so wäre der oben vertretenen Auslegung entsprechend ohne weiteres von einer Sperre für die Landesgesetzgebung auszugehen gewesen; wenn sie aber einen Fall der Grundsatzgesetzgebung darstellen sollte, mußte zur Ausschaltung des Art. 12 I WV die Sperre ausdrücklich normiert werden.

(6) Auch die Entstehungsgeschichte der Grundsatzgesetzgebung und des Art. 138 I spricht dafür, in dieser Vorschrift einen Fall der Grundsatzkompetenz enthalten zu sehen. Nicht nur lief die Erörterung beider Materien z.T. parallel, sondern es wurde auch ausdrücklich von einer Grundsatzkompetenz des Reiches zur Landesablösungsgesetzgebung gesprochen ¹⁾.

Aus allen diesen Gründen ist davon auszugehen, daß Art. 138 I 2 zur Weimarer Zeit einen Fall der Grundsatzkompetenz des Reiches enthielt.

2. Vergleich von Grundsatzkompetenz und Rahmenkompetenz für Art. 138 I 2

Die folgende Untersuchung, die Grundsatzkompetenz und Rahmenkompetenz in ihren Auswirkungen auf Art. 138 I 2 miteinander vergleicht, soll zeigen, daß Begriff und Wesen dieser beiden Kompetenzen bei dieser Vorschrift zu keinem unterschiedlichen Ergebnis führen und damit die Ansicht Webers über die Anwendbarkeit des Art. 72 I GG auf Art. 138 I 2 zum Teil widerlegen.

(1) Im Maß der dem Bund gestatteten Regelung stimmt die Rahmengesetzgebung mit der Grundsatzgesetzgebung überein ²⁾. Die Entstehungsgeschichte zeigt, daß die

1) vgl. dazu Tigges, S. 25 ff. und die Stellungnahme des bayr. Gesandten v. Preger im Verfassungsaus-schuß der Nationalversammlung, Bd. 336, S. 520, zit. b.Tigges, S. 28.

2) so auch BVerfG 4,115(128); v.Mangoldt-Klein, Art. 75, Anm. III 1; Heeger, S. 20 m.w.N.

andere Terminologie nur deshalb gewählt wurde, um ein erneutes Aufkommen des Streites zu verhindern, ob der Bund sich auf Richtlinien an die Landesgesetzgebung beschränken muß oder ob er auch für den Bürger unmittelbar geltende Rechtssätze erlassen darf ¹⁾. Der Ansicht von Zinn ²⁾, der in diesem Zusammenhang die Grundsatzkompetenz als Richtlinienkompetenz bezeichnet, kann angesichts des Streitstandes zur Weimarer Zeit nicht zugestimmt werden. Sie ist aber auch kein Anzeichen für ein unterschiedliches Maß an Regelungsbefugnis, denn in beiden Fällen liegt die Grenze dieses Maßes dort, wo der Grundsatz- bzw. Rahmengesetzgeber ein nicht auf Ausfüllung durch die Länder angelegtes Gesetz erläßt oder wo die Länder keine Regelung von Substanz mehr treffen und den Besonderheiten ihres Gebietes nicht mehr Rechnung tragen können ³⁾.

In Weimar war es umstritten, ob der Begriff des "Grundsatzes" ein Rechtsbegriff ist, dessen Einhaltung durch den Gesetzgeber von den Gerichten nachgeprüft werden konnte ⁴⁾, während die Nachprüfbarkeit heute allgemein bejaht wird ⁵⁾. Selbst wenn man der Ansicht folgte, die zur Weimarer Zeit die Nachprüfbarkeit verneinte, so kann daraus nicht auf ein unterschiedliches Maß von Regelungsbefugnis geschlossen werden, denn wie die Begründung Triepels ⁶⁾ für seine ablehnende Ansicht zeigt - die Frage ist nicht justiziabel, denn der "Gesetzgeber muß nicht nur, wie selbstverständlich, Freiheit in

1) vgl. v. Doemming-Fußlein-Matz, S. 509 f.

2) Rechtseinheit, S. 487.

3) dazu ausführlich BVerfG 4, 115(128); v. Mangoldt-Klein, Art. 75, Anm. III.

4) vgl. Anschütz, Art. 10/11, Anm. 1 m.w.N. für beide Ansichten.

5) vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 75, Anm. III 9 m.w.N.

6) Streitigkeiten, S. 100.

der Wahl der Mittel haben, die er zur Erreichung eines Zieles anwenden will, sondern auch Freiheit in der Beurteilung der Umstände, die ihm die Setzung einer Norm geboten erscheinen lassen" -, beruht die heutige Auffassung nicht auf einer Änderung des Maßes der zulässigen Regelung, sondern darauf, daß heute im Gegensatz zu früher allgemein davon ausgegangen wird, daß grundsätzlich jeder gesetzgeberische Akt auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung hin überprüft werden kann, weswegen das Vorliegen eines Ermessensbegriffs heute öfter als früher zugunsten der Annahme eines Rechtsbegriffs verneint wird.

Diese Ausführungen haben gezeigt, daß die Grenze der dem Bund bei Grundsatzkompetenz und Rahmenkompetenz erlaubten Regelung dieselbe ist. Zur ausdrücklichen Klarstellung sei noch angemerkt, daß es dem Bundesgesetzgeber überlassen ist, ob sein Rahmengesetz nur Richtlinien enthält oder nicht, so daß Art. 138 I 2 auf jeden Fall insofern eine Regelung durch "Rahmengesetz" ermöglicht. ¹⁾

1) Unter Beachtung des von Literatur und Rechtsprechung ermittelten Inhalts der Begriffe "Rahmen" und "Grundsatz" folgt daraus: Das oben festgestellte Verbot einer Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlaß einer Verordnung des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens ist dahin zu erweitern, daß auch eine Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlaß einer gesetzesabhängigen Verordnung i.S. des Art. 80 GG unzulässig ist, denn die Verteilung der Regelungsbefugnisse unter Bund und Länder zeigt, daß die Ermächtigung der Bundesregierung durch den Bundestag, die ja nur im Rahmen der Kompetenz des Bundes zum Erlaß von Grundsätzen vorgenommen werden könnte, den Anforderungen des Art. 80 GG - das ermächtigende Gesetz muß Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmen, also das in der Rechtsverordnung zu verwirklichende Programm festlegen; vgl. dazu ausführlich Maunz-Dürig, Art. 80, Rdn. 13 m.w.N. - niemals genügen kann. So auch Heeger, S. 45 und 49 m.w.N. für die Rahmengesetzgebung.

(2) Identisch sind beide Gesetzgebungsformen auch in ihrem Zweck: Beide wollen der Rechtszersplitterung vorbeugen, ohne die Länder jeglicher Gesetzgebungsbefugnis auf den betreffenden Gebieten zu berauben ¹⁾.

(3) Die Rahmenkompetenz des Art. 75 GG steht dem Bund, wie die Verweisung in dieser Vorschrift zeigt, nur in der Art und Weise des Art. 72 I GG und nur unter der Voraussetzung des Vorliegens des Art. 72 II GG zu. Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 72 GG infolgedessen auch bei Art. 138 I 2 gilt; dabei hätte die Anwendung des Art. 72 I GG zur Folge, daß die oben ²⁾ beschriebene Sperre für die Landesgesetzgebung nicht bestehen würde, und die des Art. 72 II GG, daß von einer verfassungsrechtlichen Pflicht des Bundes zur Aufstellung von Ablösungsgrundsätzen keine Rede sein könnte. Hält man Art. 138 I 2 für einen Fall der Rahmengesetzgebung, dann ist Art. 72 GG auf ihn anwendbar, wenn das Grundgesetz den Schluß zuläßt, daß Art. 72 GG für alle Fälle der Rahmengesetzgebung gilt. Diese Untersuchung ist bedeutungslos, wenn man Art. 138 I 2 als einen Fall der Grundsatzgesetzgebung ansieht, denn da sowohl Art. 12 I WV als auch Art. 173 WV nicht mehr gelten und zur Weimarer Zeit ein Bedürfnis i.S. des Art. 9 WV für die Wahrnehmung der Kompetenz durch das Reich nicht erforderlich war, würde die bisherige Auslegung bestehen bleiben.

Diejenigen, die die Rahmenkompetenz als selbständig neben der konkurrierenden Gesetzgebung stehend ansehen ³⁾, können Art. 72 GG auf Art. 138 I 2 deshalb nicht anwenden, weil diese Vorschrift gem. Art. 72 I GG im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes

¹⁾ vgl. Heeger, S. 5 f.; Herrfahrdt in BK, Art. 75, Anm. III a.E.; v.Mangoldt-Klein, Art. 75, Anm. II 5. In Weimar Lassar, Die verfassungsrechtliche Ordnung der Zuständigkeiten, HdbDStR Bd. I, S. 307.

²⁾ S. 81bis 83.

³⁾ so v.Mangoldt-Klein, Art. 75, Anm. II 6 m.w.N. für beide Ansichten.

gilt, sie also im Bereich der Rahmenkompetenz nur soweit gelten kann, als sie ausdrücklich für anwendbar erklärt wird. Dasselbe gilt für die Vertreter der Ansicht, die die Rahmengesetzgebung als der Grundsatzgesetzgebung wesensgleich ansehen ¹⁾, denn da die Grundsatzgesetzgebung weder das Vorliegen eines Bedürfnisses voraussetzte noch in allen Fällen ihres Vorhandenseins in der Weimarer Verfassung dem Art. 12 I 1 WV unterlag ²⁾, kann Art. 72 GG auch nicht Begriffs- und Wesensmerkmal der Rahmenkompetenz sein, so daß er auf sie nur dort anwendbar ist, wo dies ausdrücklich vom Grundgesetz angeordnet ist.

Gegen den Schluß, daß Art. 72 GG Begriffs- und Wesensmerkmal der Rahmenkompetenz ist, spricht zunächst die Fassung des Art. 75 GG. Die Formulierung: "Der Bund hat das Recht, unter den Voraussetzungen des Art. 72 Rahmenvorschriften zu erlassen über ..." läßt darauf schließen, daß nur die in den Nummern 1 - 5 aufgeführten Sachgebiete darunterfallen. Logisch zutreffend müßte nämlich der Satz so fortgeführt werden: "...zu erlassen über die in den folgenden Nummern 1 - 5 aufgeführten Sachgebiete". Dieser Auslegung entspricht Art. 98 III 2 GG, der gerade nicht heißt: Der Bund hat das Recht, unter den Voraussetzungen des Art. 72 - oder - für die andere Auslegung noch zwingender, des Art. 75 - Rahmenvorschriften zu erlassen. Vielmehr folgt die Anwendung des Art. 72 I GG unmittelbar aus dem Wort "kann", und gilt Art. 72 II GG unter Zugrundelegung des eben Gesagten nicht schon deshalb, weil Art. 98 III 2 GG einen Fall der Rahmenkompetenz des Bundes enthält.-

1) so v. Mangoldt-Klein, Art. 75, Anm. II 4, m.w.N.

2) so nicht in den Fällen der Art. 146 II 3/174 S. 1 WV und 138 I/173 WV; vgl. Giese, Art. 12, Anm. 1; Poetzsch-Heffter, Art. 12, Anm. 1.

Grundsätzlich ist es Anliegen eines jeden Gesetzes, ein in einer Kompetenzvorschrift umschriebenes Sachgebiet vollständig zu regeln; das Gesetz wird erlassen, um auf diesem Sachgebiet einen bestimmten Ordnungszustand herbeizuführen, was durch die Aufstellung aller zur Erreichung und Aufrechterhaltung dieses Zustandes vom Gesetzgeber für erforderlich gehaltenen Vorschriften ermöglicht werden soll. Dementsprechend enthalten (bis auf die Fälle der Art. 75,98 III 2 GG und 138 I 2 WV) alle Kompetenzzuweisungen des Grundgesetzes an den Bund die Ermächtigung zum Erlaß einer solchen abschließenden Regelung ¹⁾. Zwar hat der Bund auch bei ihnen das Recht, eine Teilregelung zu treffen und nur einen Rahmen zu setzen, aber die Kompetenz bleibt doch eine Voll-Kompetenz, und der Bund kann jederzeit eine Voll-Regelung erlassen.

Ganz anders Rahmenkompetenz und Grundsatzkompetenz: Sie stellen eine Ausnahme von der Regel dar, denn bei ihnen darf der Bund nur eine Teilregelung erlassen, nur einen Rahmen setzen. Der Erlaß einer Voll-Regelung ist ihm so lange verwehrt, als er nicht durch eine Änderung der Verfassung seine Kompetenz entsprechend erweitert hat. Rahmengesetze und Grundsatzgesetze sind darauf angelegt, von den Ländern ausgefüllt zu werden. Sie unterscheiden sich selbst von den Gesetzen, in denen der Bund trotz Vorliegens einer Voll-Kompetenz nur eine Teilregelung getroffen und (oder) die Länder (lediglich) ausdrücklich ermächtigt hat, die abschließende Regelung zu erlassen, denn bei ihnen sind die Länder von Verfassungs wegen, nämlich aus dem Gesichtspunkt der Bundestreue heraus, verpflichtet, die erforderlichen Ausfüllungsgesetze zu erlassen ²⁾, während sie bei den letzteren nicht dazu verpflichtet sind und auch nicht durch ausdrückliche Anordnung des Bundes

1) s. auch unten S. 97

2) so auch Bayer, Die Bundestreue, S. 104 m.w.N.; wohl ebenso v. Mangoldt-Klein, Vbm. III 9 b vor Art. 70, wo die entscheidende Stelle bei Bayer ausdrücklich angeführt wird. Im Ergebnis ebenso Heeger, S. 73-78 mit weiteren Argumenten und Literaturnachweisen.

verpflichtet werden können ¹⁾).

Die Wesensverschiedenheit von ausschließlicher und konkurrierender Voll-Gesetzgebung einerseits und von Grundsatzkompetenz und Rahmenkompetenz andererseits zeigen auch die Termini "entweder-oder-Zuständigkeit" und "sowohl-als-auch-Zuständigkeit" ²⁾:

Die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit ist eine entweder-oder-Zuständigkeit in dem Sinne, daß entweder der Bund eine Regelung trifft oder aber jegliche Regelung unterbleibt, die konkurrierende insofern, als sie entweder vom Bund oder von den Ländern wahrgenommen werden darf. Demgegenüber sind Rahmenkompetenz und Grundsatzkompetenz sowohl-als-auch-Zuständigkeiten, da bei ihnen Bund und Länder zusammenwirken müssen, um eine insgesamt vollziehbare Regelung des in der Zuständigkeitsvorschrift umschriebenen Sachgebietes zu erlassen ³⁾.

Auch ein bundesstaatlicher Gesichtspunkt zeigt, daß

-
- 1) Eine solche Verpflichtung käme nur bei der ursprünglich und bei der nachträglich ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes in Betracht, wird dort aber unter Hinweis auf Art. 71 GG - "ermächtigt"! - zu Recht abgelehnt; vgl. v.Mangoldt-Klein, Art. 71, Anm. IV 7 a und Art. 72, Anm. III 1 b; Maunz-Dürig, Art. 71, Rdn. 10 und Art. 72, Rdn. 7; Maunz, Rahmengesetze, S. 2. Etwas anderes gilt dann, wenn der Bund zu einer Regelung von Verfassungs wegen verpflichtet ist, denn dann kann die Verpflichtung nicht durch ein einfaches, d.h. nicht verfassungsänderndes, Bundesermächtigungsgesetz untergehen; das ist jedoch ein für unser Problem bedeutungsloser Sonderfall.
- 2) Diese Termini finden sich bei v.Mangoldt-Klein, Anm. II 6 c und d; sachlich ebenso Beyer, S. 1348.
- 3) Soweit bei Rahmenkompetenz und Grundsatzkompetenz Art. 72 I GG gilt, ist der Terminus "sowohl-als-auch-Zuständigkeit" ungenau, denn die Länder allein können ja auch eine praktikable Gesamtregelung erlassen. Deshalb müßte er besser lauten: "entweder-oder sowohl als auch-Zuständigkeit".

Voll-Kompetenz und beschränkte Kompetenz ¹⁾, nicht aber konkurrierende Voll-Kompetenz und beschränkte Kompetenz zu unterscheiden sind: Jede Voll-Kompetenz verleiht dem Bund das Recht, das betreffende Sachgebiet abschließend zu regeln und die Länder von der Gesetzgebung auszuschließen. Demgegenüber kann die Wahrnehmung einer beschränkten Kompetenz durch den Bund nicht zur Folge haben, daß die Länder von der Regelung des betreffenden Sachgebiets ausgeschlossen werden. Sie müssen vielmehr diesen Rahmen ausfüllen und können ihn jederzeit anders ausfüllen. Jede Voll-Kompetenz hat daher letztlich eine unitarische, jede beschränkte dagegen immer eine föderale Tendenz.

Diese bisherigen Ausführungen haben ein starkes Anzeichen dafür geliefert, daß es allein auf die Unterscheidung von Voll-Kompetenz und beschränkter Kompetenz einerseits und ausschließlicher und konkurrierender Gesetzgebung andererseits ankommt. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses beweist deutlich die folgende Charakterisierung der beiden Gruppen: 1) Die Gegenüberstellung von "Voll-Kompetenz" und "beschränkter Kompetenz" sagt etwas aus über den Umfang der Regelungsbefugnis des Bundes.

2) Die Gegenüberstellung von "ausschließlicher" und "konkurrierender" Gesetzgebung sagt etwas aus über die Art und Weise, in der Bund und Ländern die Kompetenz zusteht ²⁾.

Jede der beiden Gruppen verfolgt also mit dem in ihr gegenübergestellten Begriffspaar ein besonderes, d.h. von dem der anderen Gruppe verschiedenes, Anliegen. Diese Verschiedenheit der Anliegen beider Gruppen zeigt deutlich, daß

1) Im folgenden werden die Begriffe "voll" und "beschränkt" als neutrale Bezeichnungen für den Gegensatz zwischen einer Kompetenz, die den Bund zur abschließenden Regelung des in der Kompetenzvorschrift umschriebenen Sachgebiets ermächtigt, und einer Grundsatzkompetenz und Rahmenkompetenz verwendet.

2) vgl. v.Mangoldt-Klein, Art. 71, Anm. III 1 b.

die Rahmenkompetenz nicht begrifflich und wesensmäßig konkurrierende Gesetzgebung ist, sondern daß sie lediglich eine inhaltlich beschränkte Gesetzgebung ist.

Es kann daher festgestellt werden, daß für Art. 138 I 2 die Annahme einer Grundsatzkompetenz oder Rahmenkompetenz keine praktischen Folgen, sondern nur eine theoretisch-terminologische Bedeutung hat.

3. Art. 138 I 2 als "ausschließliche Grundsatzkompetenz des Bundes"

Die bisherigen Ergebnisse wurden mit Hilfe einer isolierten Betrachtung des Art. 138 I und der Erforschung des Wesens von Grundsatzgesetzgebung und Rahmengesetzgebung erzielt. Es bleibt festzustellen, welches System der Gesetzgebungszuständigkeiten das Grundgesetz enthält und ob die gefundenen Ergebnisse damit in Einklang stehen. Letzteres ist der Fall, wenn dem Grundgesetz folgendes System der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes zugrundeliegt:

Die im Grundgesetz vorkommenden Termini "ausschließliche" und "konkurrierende Gesetzgebung" sagen nicht in allen Fällen, in denen sie im Grundgesetz vorkommen, das Gleiche aus, sondern sind in den Art. 70 II, 71, 72, 124 und 125 GG anders auszulegen als in den Art. 73, 74 und 105 GG. Gleich ist vielmehr immer nur die Bedeutung von "ausschließlich" und "konkurrierend", die aber nur jeweils ein einziges Merkmal einer jeden dem Bund zustehenden Gesetzgebungszuständigkeit bezeichnen ¹⁾. Das zweite Merkmal einer jeden Bundeskompetenz bilden die Begriffe "voll" bzw. "beschränkt", die nicht wie jene über die Art und Weise des Zustehens der Kompetenz, sondern über den Umfang der

¹⁾ Im folgenden werden die Begriffe "ausschließlich" und "konkurrierend" im Sinne von v.Mangoldt-Klein, Art. 71, Anm. III 1 b, zur Unterscheidung von ursprünglich und nachträglich erworbener Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes benutzt.

Regelungsbefugnis des Bundes etwas aussagen. Dieser Ausgangspunkt, der in den Erörterungen zu 2. schon anklang, ermöglicht die Aufstellung des folgenden Systems der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes.

Das Grundgesetz enthält:

- 1) die ausschließliche Voll-Kompetenz des Art. 71 in Verbindung mit den Art. 73, 105 I oder den entsprechenden Einzelzuständigkeiten des Grundgesetzes,
- 2) die beschränkte ausschließliche Kompetenz des Art. 71 in Verbindung mit Art. 140 GG/138 I 2 WV,
- 3) die konkurrierende Voll-Kompetenz des Art. 72 in Verbindung mit den Art. 74, 105 II oder den entsprechenden Einzelzuständigkeiten des Grundgesetzes,
- 4) die beschränkte konkurrierende Kompetenz des Art. 72 in Verbindung mit den Art. 75 und 98 III 2.

Dieses System unterscheidet also vier selbständig nebeneinander stehende Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, denn die vier Unterscheidungskriterien, die das Grundgesetz bei den Bundeskompetenzen kennt - Voll- und beschränkte, ausschließliche und konkurrierende Kompetenz -, bedingen notwendig, daß jede Kompetenz je ein Merkmal der ersten und je ein Merkmal der zweiten Gruppe enthält. Es ist nicht möglich, daß eine Kompetenz z.B. nur ausschließliche oder z.B. nur Voll-Kompetenz ist, oder daß sie z.B. sowohl ausschließliche als auch konkurrierende Kompetenz ist. Vielmehr ist jede Kompetenz sowohl z.B. ausschließliche als auch z.B. beschränkte Gesetzgebungszuständigkeit. Keine der möglichen Kompetenzen kann also ein Unterfall irgend einer anderen Kompetenz sein.

Das bedeutet, daß das hier aufgestellte System einerseits der im Vordringen begriffenen Ansicht entspricht, die die Rahmengesetzgebung nicht als Unterfall der konkurrierenden ansieht ¹⁾ und andererseits den Grundgedanken der Gegen-

¹⁾ dazu und dieser Ansicht folgend v. Mangoldt-Klein, Art. 75, Anm. II 6 a und d m.w.N.

meinung, daß die Rahmengesetzgebung auch konkurrierende Gesetzgebung ist ¹⁾, billigt.

In dem Ausgangspunkt zu dem hier aufgestellten Zuständigkeitssystem wurden zwei Gruppen von Vorschriften des Grundgesetzes unterschieden. Diese Unterscheidung macht sich zunächst die Tatsache zunutze, daß das Grundgesetz, das an keiner Stelle den Ausdruck "Voll-Kompetenz" oder "Voll-Gesetz" oder einen sachlich entsprechenden Ausdruck enthält, dadurch, daß es die Regelungsbefugnis des Bundes bei einigen wenigen Kompetenzen inhaltlich ausdrücklich beschränkt hat, deutlich macht, daß alle anderen Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes Voll-Kompetenzen sind ²⁾.

Es sieht also dem Wesen der Kompetenz und des Gesetzes entsprechend ³⁾ die Voll-Kompetenz als die Regel und die (juristische Kunstschöpfung) beschränkte Kompetenz als die Ausnahme an. Mithin ist eine Kompetenz solange eine Vollkompetenz, als nicht etwas anderes angeordnet ist.

Ein solches für Voll-Kompetenz und beschränkte Kompetenz bestehendes Regel-Ausnahme-Prinzip kann für die Begriffe "ausschließliche" und "konkurrierende" Gesetzgebung nicht festgestellt werden, weder allgemein noch für das Grundgesetz. Welcher Fall gegeben ist, hängt allein von der positiv-rechtlichen Normierung ab; ein "im Zweifel", eine Vermutung gibt es nicht.

1) Dazu v. Mangoldt-Klein, Art. 75, Anm. II 6 b, m.w.N.; besonders deutlich Holtkotten in BK, Art. 125, Anm. II 2 b.

2) vgl. auch v. Mangoldt-Klein, Vbm. IV 1 a vor Art. 70: "...unter Umständen (Rahmengesetzgebung - Ausfüllungsgesetzgebung!) sogar solche von unterschiedlicher Stärke", mit der, wie diese Untersuchung zeigen wird, unrichtigen auf das Grundgesetz bezogenen Ansicht: "Bei der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes geht es den ersten der beiden möglichen Wege", d.h. es kennt nur eine ausschließliche Voll-Kompetenz.

Anders Maunz-Dürig, Art. 71, Rdn. 1, wo dieser Regel-Ausnahme-Grundsatz nicht zum Ausdruck kommt, sondern lediglich die (unrichtige) Feststellung getroffen wird, daß das Grundgesetz nur die ausschließliche Voll-Kompetenz kenne.

3) S. dazu oben S. 92

Aus dieser Diskrepanz zwischen dem einerseits vorhandenen, andererseits nicht vorhandenen Regel-Ausnahme-Prinzip könnte an sich gefolgert werden, daß die Art. 70 II bis 74, 105, 124 und 125 gleich auszulegen sind. Diese Annahme würde jedoch die unterschiedliche Aufgabe, Struktur und Stellung der beiden Gruppen von Vorschriften - einerseits Art. 70 II, 71, 72, 124 und 125, andererseits Art. 73, 74 und 105 Grundgesetz - unberücksichtigt lassen:

Als lex specialis zu Art. 30 GG steht Art. 70 I GG ¹⁾ mit Recht an der Spitze des VII. Abschnitts des Grundgesetzes. Er ist die Grundnorm für die Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes von denen der Länder und regelt die Frage, unter welcher Voraussetzung dem Bund eine Gesetzgebungszuständigkeit überhaupt zusteht ²⁾. In zutreffender Fortführung des Inhalts dieser Bestimmung sagt Art. 70 II GG etwas aus über die Art und Weise, in der das Grundgesetz die Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern voneinander abgrenzt. Die dabei getroffene Unterscheidung von ausschließlicher und konkurrierender Gesetzgebung wiederum wird in den nachfolgenden Art. 71 und 72 GG dazu benutzt, diese beiden Gesetzgebungsarten zu umschreiben und ihre Ausgestaltung im Grundgesetz festzulegen ³⁾. Die Art. 71 und 72 GG verleihen also dem Bund keine Zuständigkeiten! Das geschieht vielmehr erst in den nachfolgenden Art. 73 und 74 und später in Art. 105 GG. Dementsprechend liegt es nahe, das Regel-Ausnahme-Prinzip auf die letztgenannten Vorschriften zu beschränken und in Art. 70 II GG lediglich die beiden "Leit-Merkmale" für die Aufteilung der Zuständigkeiten formuliert zu sehen, deren

1) v. Mangoldt-Klein, Art. 70, Anm. II 2; Hamann, Art. 70, Anm. A; Herrfahrdt in BK, Art. 70, Anm. II 1; Maunz, Staatsrecht, S. 204.

2) vgl. auch BVerfG 3, 407(411).

3) Dazu, daß Art. 71 daneben noch andere Aussagen enthält, vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 71, Anm. II, 2, gegen Nawiasky, zit. daselbst.

Inhalt dann in den Art. 71 und 72 GG umschrieben wird. Gegenüber der ganz konkreten Aufgabe jener Bestimmungen, Zuständigkeiten zu verleihen, haben die Art. 70 II, 71 und 72 GG lediglich einen allgemeinen einleitenden Charakter. Sie enthalten das, was in anderen Vorschriften zugrunde gelegt wird - genauer: was nach ihrer Fassung für alle im Grundgesetz vorkommenden Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes Geltung hat ¹⁾.

Ähnliche Gesichtspunkte rechtfertigen auch für die Art. 124 und 125 GG eine weitere Auslegung: Art. 123 I GG legt fest, welches vor dem Zusammentritt des Bundestages gültige Recht weitergilt. Diese Aussage wird bundesstaatlichen Gesichtspunkten entsprechend dahingehend erläutert, in welcher Form Staatsverträge weitergelten (Art. 123 II) und welches Recht als Bundesrecht weitergilt (Art. 124 u. 125). Entsprechend der weiten Fassung des Art. 123 I GG, der alles zu dem betreffenden Zeitpunkt gültige grundgesetzmäße Recht erfaßt ²⁾, liegt es nahe, die Art. 124 und 125 GG ebenso weit zu fassen und unter Art. 124 alles Recht im Sinne der Ziffern 1) und 2) und unter Art. 125 alles Recht im Sinne der Ziffern 3) und 4) des oben aufgestellten Zuständigkeitssystems zu begreifen.

Diese Ausführungen haben lediglich den Gedankengang aufgezeigt, der zur Annahme dieses Ausgangspunktes geführt hat, nicht aber seine Richtigkeit und damit die Grundgesetzgemäßheit des aufgestellten Gesetzgebungssystems bewiesen. Dazu ist vielmehr zu untersuchen, ob die Art. 71 und 72, 124 und 125 sowie 70 II GG entgegen ihrem mit den Art. 73, 74 und 105 GG identischen Wortlaut eine so weite Auslegung überhaupt zulassen.

1) so für Art. 70 auch v. Mangoldt-Klein, Art. 70, Anm. III 1.

2) bis zur Aufhebung des Besatzungsstatuts aber nicht das Besatzungsrecht erfaßte; vgl. Maunz-Dürig, Art. 123, Rdn. 2; Hamann, Art. 123, Anm. B 1.

(1) Entsprechen müßte dieses Gesetzgebungssystem zunächst den Vorschriften der Art. 71 und 72 GG, die die Ausgestaltung der ausschließlichen bzw. konkurrierenden Gesetzgebung für das Grundgesetz enthalten. Das ist unproblematisch für die Anwendbarkeit des Merkmals "konkurrierend" sowohl auf die Voll- als auch auf die beschränkte Kompetenz des Bundes, wie die Verweisung des Art. 75 GG auf Art. 72 GG zeigt.

Art. 71 ist mit diesem System zunächst insofern vereinbar, als er allgemein ¹⁾ nicht nur auf die ausdrücklich als "ausschließliche" bezeichneten Gesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes angewendet wird, sondern auch auf im Grundgesetz verstreute Einzelzuständigkeiten des Bundes, die diese Bezeichnung nicht tragen, also möglicherweise auch auf Art. 138 I 2. Die hier vertretene weite Auslegung würde ferner dem (überwiegenden ²⁾) Definitionscharakter des Art. 71 insofern entgegenkommen, als sie auf das eigentliche Unterscheidungsmerkmal von ausschließlicher und konkurrierender Gesetzgebung zurückgreift, das nicht darin besteht, daß die Länder bei einer ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes auf dem in der betreffenden Kompetenznorm umschriebenen Sachgebiet überhaupt nicht tätig werden dürfen, es mithin auf diesem Sachgebiet keine ursprüngliche, ungeleitete Landeskompetenz gibt ³⁾, sondern darin, daß die

1) v. Mangoldt-Klein, Art. 71 Anm. III 3; Maunz-Dürig, Art. 71, Rdn. 4; Kratzer, S. 431 f.; Feldmann-Geisel, S. 147; Darnedde, S. 316; Hamann, Art. 70, Anm. B 2; Herrfahrdt, BK, Art. 73, Anm. II 2; Holtkotten in BK, Art. 131, S. 33.

2) vgl. oben S. 98 mit Fn. 3.

3) so aber Hamann, Art. 71, Anm. 1 a. Wohl wie hier, Maunz, Staatsrecht, S. 195: "...daß die Länder für diese Sachgebiete nur dann Gesetze erlassen dürfen, wenn und soweit Bundesgesetze eine ausdrückliche Ermächtigung für die Landesgesetzgebung enthalten." Die Verwendung des Wortes "Sachgebiete" ist mehrdeutig, insbesondere im Hinblick darauf, daß Maunz vorher die ausschließliche Gesetzgebung dahingehend kennzeichnet, daß sie "die Länder von eigener Initiative ganz ausschließt", was auch hier nicht bestritten wird. Vgl. auch Wilhelm, S. 68 f. und weiterhin unten S. 101/102 mit Fn. 1.

Länder wegen des Vorhandenseins eines ausschließlich dem Bund vorbehaltenen Regelungsbereichs im Gegensatz zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes keine Gesetzgebungsinitiative ergreifen dürfen ¹⁾. Es ist nämlich zu beachten, daß sich der Begriff "ausschließlich" bei der Voll-Kompetenz auf die Regelung des gesamten in der Kompetenzvorschrift umschriebenen Sachgebiets bezieht, sich bei der beschränkten Kompetenz dagegen nur auf den dem Bund entsprechend den Regeln der beschränkten Kompetenz verbliebenen Bereich dieses Sachgebiets beziehen kann, so daß der Bund durch die vollständige Normierung dieses Bereichs die Länder nicht von der abschließenden Regelung ausschließt.

Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich folgende Konstruktion der beschränkten ausschließlichen Gesetzgebung: Die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis des Bundes bewirkt, daß die Länder auf dem dem Bund vorbehaltenen Teil des Sachgebiets kein Gesetz erlassen dürfen. Angesichts der oben ²⁾ schon erwähnten Tatsache, daß die vom Bund aufzustellenden Regeln bei der beschränkten Kompetenz die allgemeinen, grundsätzlichen, also die primären sind, können die Länder auch auf dem ihnen verbliebenen Teil des Sachgebiets nicht vor dem Tätigwerden des Bundes im Rahmen seiner Kompetenz ein Gesetz erlassen. Es ist ja keine Regelung vorhanden, die sie ausfüllen können, und eine Voll-Regelung dürfen sie wegen Art. 71 nicht erlassen. Hat der Bund jedoch seine Kompetenz wahrgenommen, dann bedarf es für ein Tätigwerden der Länder keiner Ermächtigung des Bundes, denn Art. 71 bezieht sich nur auf die Wahrnehmung der Bundeskompetenz, die Ausfüllung der Bundesregelung aber ist Landeskompetenz. Wir haben es hier also mit einer Bundeszuständigkeit aus eigenem Recht und einer Landeszuständigkeit aus eigenem Recht zu tun, wobei letztere bis nach dem Tätigwerden des Bundes gesperrt

1) vgl. auch die Ausführungen bei v.Mangoldt-Klein, Art. 71, Anm. III 1 b.

2) S. 64 und 81 bis 83.

ist. Diese Ausführungen zeigen auch, daß zu der Ansicht, bei der ausschließlichen Gesetzgebung sei "die Zuständigkeit der Länder zur Gesetzgebung ... als Eigenzuständigkeit schlechthin ausgeschlossen" ¹⁾, kein Widerspruch besteht, denn das in der Kompetenzvorschrift umschriebene Sachgebiet und die dem Bund vorbehaltene Regelung dürfen nicht identifiziert werden. Die Länder handeln vielmehr nur, soweit sie auf Grund des "wenn und soweit"-Satzes des Art. 71 innerhalb des dem Bund vorbehaltenen Gesetzgebungsbereichs tätig werden, nicht aus eigenem Recht.

Dieser "wenn und soweit"-Satz hat auch bei der beschränkten ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes seine Bedeutung; z.B. kann der Bund ein Gesetz erlassen, das etwa lautet: "Hiermit werden die Länder ermächtigt, die Materie des Art. ... zu ordnen" oder das die Ermächtigung auf einem Teil des in der Kompetenz umschriebenen Sachgebiets beschränkt, z.B. wenn der Bund die Länder ermächtigen würde, die Ablösung aller Staatsleistungen bis zu 1.000 DM durchzuführen. Es sei aber noch bemerkt, daß die Anwendungsmöglichkeiten des "wenn und soweit"-Satzes des Art. 71 bei der beschränkten ausschließlichen Kompetenz viel geringer sind als bei der ausschließlichen Voll-Kompetenz. Das erforderliche Zusammenspiel von Bund und Ländern bei der beschränkten Kompetenz des Bundes, die Tatsache, daß unvollständige Regelungen des Bundes nicht zu Lücken in der Gesamtregelung führen müssen, und die Tatsache, daß es praktisch nicht feststellbar ist, ob der Bund seine Kompetenz voll ausgenutzt hat oder nicht, machen ein Gesetz des Bundes, das die Länder im Sinne des Art. 71 GG zur Gesetzgebung ermächtigt (und damit die Anwendung des "wenn und soweit"-Satzes), schon dann überflüssig, wenn der Bund auch nur irgendeine

¹⁾ so v.Mangoldt-Klein, Art. 71, Anm. III 2 m.w.N.

Regelung getroffen hat. Davon auszunehmen sind jedoch die Fälle, in denen der Bund lediglich einen abgegrenzten Teilbereich der Kompetenz geregelt hat und aus dieser Regelung klar hervorgeht, daß der andere Teilbereich unge-regelt bleiben soll. Dann sind die Länder nur zur Ausfüllung des geregelten Teilbereichs zuständig, z.B. in einem Fall, der dem eben zu Art. 138 I gebildeten entspricht.

Damit steht fest, daß eine beschränkte ausschließliche Bundeskompetenz konstruktiv möglich ist und dem Art. 71 nicht widerspricht. ¹⁾

(2) Auch für die Vereinbarkeit der Art. 124 und 125 GG mit dem hier vertretenen Gesetzgebungssystem ergibt sich eine befriedigende Konstruktion. Die vom Bundesverfassungsgericht ²⁾ ausdrücklich offengelassene Frage, ob ein Grundsatzgesetz über Art. 125 Bundesrahmenrecht geworden ist, kann unter Zugrundelegung des aufgestellten Systems ohne weiteres - auch für Art. 124 - bejaht werden, sofern ein solches Gesetz den Anforderungen entspricht, die heute an ein Rahmengesetz zu stellen sind; sonst gilt auch für sie das Folgende.

Für Art. 125 ³⁾ ist mittlerweile und wegen der Unaufteilbarkeit eines einheitlichen Gesetzes in Rahmenvorschriften und andere

1) Damit ist auch die Ansicht von v.Mangoldt-Klein, Art. 71, Anm. III 4, Maunz, Rahmengesetze, S. 2, Maunz-Dürig, Art. 70, Rdn. 17 (alle ohne Begründung) widerlegt, die die hier für zulässig gehaltene Beschränkung der ausschließlichen Gesetzgebung bei ihrer Beantwortung der Frage, welche "Abstufungen nach der abstrakten Abgrenzung der ihr zugewiesenen Materien" - so v.Mangoldt-Klein, a.a.O. - die ausschließliche Gesetzgebung erkennen läßt, nicht erwähnen.

2) BVerfG 7,29(41); 8,186(194 f.).

3) Das Unterfallen der konkurrierenden Rahmenzuständigkeit unter Art. 125 erkennen folgerichtig alle die an, die diese Gesetzgebungsart als "Unterfall der konkurrierenden" ansehen; vgl. statt aller: Holtkotten in BK, Art. 125, Anm. II 2 b m.w.N.

Vorschriften zu Recht anerkannt, daß ein als Voll-Gesetz erlassenes Gesetz, für dessen Materie dem Bund heute nur noch eine (konkurrierende) Rahmenvollzuständigkeit verliehen ist, als Landesrecht weitergilt ¹⁾. Dies muß auch für den Fall einer beschränkten ausschließlichen Kompetenz gelten, da sonst den Ländern etwas ihnen an sich Zustehendes genommen würde und in keiner Weise feststeht, welche Sachfragen der Bund in seinem Gesetz regeln wird; fraglich ist dabei nur, ob bzw. inwieweit die Länder ein solches Gesetz abändern können, solange der Bund seinen Bereich noch nicht geregelt hat. Da der soeben erwähnte Gedanke der Einheitlichkeit des Gesetzes eine Aufteilung in abänderbare und nicht abänderbare Vorschriften auch hier verbietet, ist davon auszugehen, daß ein solches Gesetz für die Länder insgesamt unabänderbar ist. Diese Lösung ist deswegen die sinnvollste und konstruktiv sauberste, weil sie der Rechtslage der Länder auch in den anderen Fällen der ausschließlichen Gesetzgebung entspricht: In unserem Fall müssen sie ein möglicherweise veraltetes Gesetz anwenden, dort entweder das Gleiche tun oder aber ohne irgendeine Regelung auskommen; hier wie dort können sie nicht initiativ werden. ²⁾ Auch aus den Art. 124 und 125 kann also nichts gegen das aufgestellte Gesetzgebungssystem eingewendet werden.

(3) Nach den vorausgegangenen Erörterungen liegt es angesichts der noch allgemeineren Bedeutung und Fassung des

¹⁾ BVerfG 7,29(41); 8,186(194 f.); Hamann, Art. 125, Anm. B 3; Maunz-Dürig, Art. 125, Rdn. 5.

²⁾ Da als beschränkte ausschließliche Gesetzgebungskompetenz nur der Fall des Art. 138 I 2 in Betracht kommt und die im "Dritten Reich" erfolgten Bagatellablösungen für die heutige Rechtslage entsprechend der Tatsache, daß Ab Lösungsgesetze nach der Durchführung der Ablösung bedeutungslos werden, keine Bedeutung mehr haben, ist dieser Fall rein theoretischer Natur, der aber zum Beweis der Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht angeführt werden mußte.

Art. 70 II GG auf der Hand, daß auch diese Bestimmung dem aufgestellten Gesetzgebungssystem nicht widerspricht. Dennoch ist eine genauere Untersuchung dieser Vorschrift geboten, um die in der Literatur vertretene Auffassung von ihrer "Lückenhaftigkeit" diesem System anzupassen und dabei die Gründe für den mißverständlichen Wortlaut des Art. 70 II sowie der Art. 71, 72, 124 und 125 GG zu nennen.

Eine verbreitete Ansicht ¹⁾ hält Art. 70 II mit der Begründung für lückenhaft, daß das Grundgesetz dem Bund auch außerhalb der Kataloge der Art. 73 - 75 und 105 GG Gesetzgebungszuständigkeiten verleihe und daß Art. 70 II weder die ausschließliche Landes- noch die Rahmen- und die Grundgesetzgebung erwähne.

Der ersten Begründung dieser Ansicht kann deshalb nicht gefolgt werden, weil sich kein Anhaltspunkt dafür ergibt, daß Art. 70 II im Gegensatz zu den Artikeln 71 und 72, die auf alle im Grundgesetz vorkommenden Fälle der ausschließlichen bzw. konkurrierenden Gesetzgebung angewendet werden, formal auszulegen, d.h. nur auf die im Grundgesetz ausdrücklich als ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebung bezeichneten Kompetenzen zu beziehen ist. Die diesbezügliche Äußerung von v.Mangoldt-Klein ²⁾ ist darüber hinaus noch widersprüchlich, denn es ist nicht möglich, einerseits das eben widerlegte Argument zu verwenden, andererseits Art. 71 im ganzen Grundgesetz anwenden zu wollen und dennoch Art. 71 als die "im Verhältnis zu Art. 70 II konkretere Zuständigkeitsverteilungsnorm" anzusehen, da eine im Verhältnis zu einer allgemeinen Norm konkretere Vorschrift keinen größeren

¹⁾ v.Mangoldt-Klein, Art. 70, Anm.IV; Maunz-Dürig, Art. 70, Rdn. 23 und 24; Maunz, Rahmengesetze, S. 2; Beyer, S. 1348.

²⁾ einerseits Art. 70, Anm. IV, andererseits Art. 71, Anm. II 2 b.

Umfang haben kann als diese; ihre Aufgabe kann nur sein, die allgemeine Norm ganz oder für einen bestimmten Teilbereich näher zu umschreiben, zu konkretisieren. Deshalb dürfte Art. 71 nicht im ganzen Grundgesetz anwendbar sein, wenn Art. 70 II es nicht ist, bzw. es müßte Art. 70 II im ganzen Grundgesetz anwendbar sein, weil Art. 71 es ist!

Art. 70 II ist auch nicht deshalb lückenhaft, weil er die ausschließliche Landesgesetzgebung nicht aufführt. Sie hier zu erwähnen hatte das Grundgesetz keinen Anlaß: Gem. Art. 70 I stehen alle Gesetzgebungszuständigkeiten, die das Grundgesetz nicht dem Bund zuweist, den Ländern zu. Deshalb brauchten in Art. 70 II als der Grundnorm für die Art und Weise der Abgrenzung der Bundes- von den Landeszuständigkeiten nur die Bundeszuständigkeiten erwähnt zu werden, da ihre Ausgestaltung sowohl über die Fälle der ausschließlichen als auch über den Inhalt der sonstigen Landeszuständigkeiten entscheidet.

Mit ihrer zweiten Begründung, Art. 70 II erwähne nicht die Grundsatz- und die Rahmenkompetenz, verkennen die Vertreter der herrschenden Meinung das Verhältnis dieser Kompetenzmerkmale zu den beiden anderen und den Anlaß, der dazu geführt hat, daß sie nicht erwähnt worden sind. Sie gehen zwar zu Recht von der Eigenständigkeit, dem Nebeneinanderstehen der Bundeskompetenzen aus, verkennen aber, daß es einen einleuchtenden Grund dafür gibt, weshalb das Grundgesetz gerade diese Merkmale angeführt hat und nicht, was es ja auch hätte tun können, von der Unterscheidung von Vollkompetenzen und beschränkten Kompetenzen ausgegangen ist oder sogar alle vier Merkmale erwähnt hat ¹⁾. Die vom Grundgesetz gewählte Ausdrucksweise erklärt sich aus der oben ²⁾ schon erwähnten Tatsache, daß für die Merkmale "ausschließlich" und "konkurrierend" kein Regel-Ausnahme-Prinzip fest-

1) vgl. auch v.Mangoldt-Klein, Vbm. IV 1 a vor Art. 70.

2) S. 97.

stellbar ist, so daß das Grundgesetz infolge der Anerkennung dieses Prinzips für die beiden anderen Merkmale in der Einleitungsvorschrift des Art. 70 II nur die von ihm erwähnten als Leitgedanken für die Gesetzgebung des Bundes zu verwenden brauchte und auch nur sie und nicht die anderen verwenden konnte. Diesen Leitgedanken hat das Grundgesetz strikt durchgeführt, wobei die Verselbständigung der Rahmenkompetenz in Art. 75 - mit Verweisung auf Art. 72! - mit dem Ausnahmecharakter der Regelungsbeschränkung des Bundes zu erklären ist. Ein Anzeichen für die Richtigkeit dieser Auslegung bildet die Entstehungsgeschichte der Rahmenkompetenz, deren Materien zunächst im Katalog der konkurrierenden Gesetzgebung enthalten waren und erst später verselbständigt worden sind ¹⁾. Nicht zuletzt ist diese Auslegung der herrschenden Meinung deshalb vorzuziehen, weil es dem Charakter einer Grundsatz- und Einleitungsvorschrift widerspricht, sie als lückenhaft anzusehen. Diese "Lückentheorie" vermag es auch nicht, dieser Bestimmung irgendeinen Zweck beizumessen, wohingegen die hier vertretene Auslegung ihren Zweck darin sieht, daß sie den Leitgedanken für die Gesetzgebung des Bundes unter dem Grundgesetz ausspricht und damit das Regel-Ausnahme-Prinzip für die Merkmale "voll" und "beschränkt" anerkennt.

Damit ist nicht nur nachgewiesen, daß das aufgestellte System der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes dem Grundgesetz entspricht, sondern auch, daß die durch Auslegung des Art. 138 I ermittelte Ausgestaltung der Kompetenzen dieser Vorschrift infolge der Möglichkeit ihrer Einordnung in dieses System in vollem Umfang aufrechterhalten werden kann, so daß auch die Ansicht Webers, Art. 72 I sei auf die Bundeskompetenz des Art. 138 I 2 anzuwenden, endgültig als unzutreffend zurückgewiesen ist.

¹⁾ vgl. auch v.Doemming-Fußlein-Matz, S. 454.

Zur Vervollständigung der in diesem Kapitel erarbeiteten Ergebnisse bedarf es nur noch der Klärung der rein terminologischen Frage, ob die Bundeskompetenz des Art. 138 I 2 als "Grundsatzgesetzgebung" oder aber, da das Grundgesetz, wie seine Entstehungsgeschichte zeigt, diesen Ausdruck bewußt aufgegeben hat, als "Rahmengesetzgebung" anzusehen ist. Infolge der Tatsache, daß die Bundeskompetenz des Art. 138 I 2 auf den Erlaß von Richtlinien beschränkt und als ausschließliche Gesetzgebung ausgestaltet ist, ergeben sich zwei ¹⁾ sehr wesentliche Unterschiede zur Rahmengesetzgebung, so daß aus diesen Gründen dem Wortlaut des Art. 138 I 2 der Vorzug vor einer systematisch sauberen "Umbenennung" dieser Kompetenz zu geben ist.

Art. 138 I 2 enthält somit den einzigen Fall einer ausschließlichen Grundsatzkompetenz des Bundes.

¹⁾ Den ersten Unterschied nimmt augenscheinlich Maunz, Rahmengesetze, S. 3 linke Spalte, zum Anlaß, Art. 138 I 2 als einen Fall der Grundsatzgesetzgebung anzusehen.

III. Kapitel: Die Garantiefunktion des Art. 138 I

=====

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, daß Art. 138 I die Aufgabe hat, bestimmte finanzielle Beziehungen des Staates zu den Religionsgesellschaften zu beenden, daß und wie sich Bund und Länder in die Durchführung dieser Aufgabe teilen, wobei die Länder vor einem gesetzgeberischen Tätigwerden des Bundes keine Ablösungsmaßnahmen ergreifen dürfen, und daß zwar ein Verfassungsbefehl zur Ablösung besteht, aber kein Termin für ihre Durchführung gesetzt ist. Da seit Inkrafttreten des Grundgesetzes mehr als 15 Jahre vergangen sind, und der baldige Erlass eines Bundesgrundsatzgesetzes noch immer nicht in Sicht ist, ist es besonders bedeutsam, die Wirkung zu untersuchen, die Art. 138 I bis zu dem Zeitpunkt entfaltet, zu dem sein Anliegen verwirklicht wird. Dabei geht es vor allem darum, die Rechte und Pflichten von Bund, Ländern und Religionsgesellschaften bis zu diesem Zeitpunkt festzustellen und insbesondere zu klären, ob und inwieweit Art. 138 I die Weiterleistung der bisherigen Zuwendungen an die Religionsgesellschaften gewährleistet. Da alle im folgenden behandelten Probleme in irgendeiner Weise damit zusammenhängen, ob Art. 138 I eine Garantie enthält, wurden sie hier unter der Überschrift "Die Garantiefunktion des Art. 138 I" in einem besonderen Kapitel zusammengefaßt.

I. Garantiefunktion und Ablösung

An den Anfang der Erörterungen gehört die Beantwortung der Frage, ob Art. 138 I Garantien enthält, wenn ja, was diese beinhalten, und ob irgendeine Wechselbeziehung zwischen Garantie und Ablösung besteht, d.h. ob nicht die Garantiefunktion des Art. 138 I für die Zeit bis zur Ablösung für die Religionsgesellschaften im Ergebnis dasselbe bewirkt, was die Ablösung sicherstellen soll: die Aufrechterhaltung ihrer finanziellen Grundlage. Dabei kommen als Garantien in Betracht: eine Garantie dessen, daß abgelöst wird, eine

Garantie des Bestehenbleibens der abzulösenden Rechtsgrundlagen bis zur Ablösung und eine Garantie der tatsächlichen Weitergewährung der Staatsleistungen bis zur Ablösung.

1. Die Garantien des Art. 138 I und der Einfluß des Wegfalls des Art. 173 WV

Daß Art. 138 I eine Garantie der Ablösung enthält, ist unproblematisch, denn in dem Befehl abzulösen liegt (logischerweise) zugleich die Garantie dafür, daß die Entflechtung der unter Art. 138 I fallenden finanziellen Beziehungen von Staat und Religionsgesellschaften auf keine andere Weise erfolgen darf als durch Ablösung.

Notwendig mit Art. 138 I verbunden ist auch die Garantie des Bestehenbleibens der unter diese Bestimmung fallenden Rechtsgrundlagen ¹⁾, denn würde sie nicht vorhanden sein, dann würde Art. 138 I sich selbst für überflüssig erklären. Da nämlich die Ablösung eine Aufhebung der Rechtsgrundlagen bedingt, kann es nicht dem Staat, dem der Befehl zur Ablösung gegeben ist, überlassen bleiben, wieviele Rechtsgrundlagen er vorher auf andere Weise, d.h. ohne Ablösung, aufhebt ²⁾.

Eine Untersuchung der Frage, ob die Verfassung auch eine

1) so ausdrücklich Glade, S. 52; Huber, Garantie, S. 95; Koellreutter, S. 16 f.; Lang, S. 45. Notwendigerweise auch die unten S. 115 Fn. 1-4 zitierte Literatur.

2) Unrichtig Carl Schmitt, Freiheitsrechte, S. 16 und Klein, Garantien, S. 239, die den Satz Hubers, in Garantie, S. 97: "Er (Art. 138 I) bereitet vor, einen status quo festzulegen, dessen Garantie in Art. 138 II vorweggenommen ist." unter Verkennung des eben Gesagten dahin auslegen, daß Art. 138 II die Rechtsgrundlagen für die Staatsleistungen garantiert (ebenso allerdings auch Friedrich, Kirchenrecht, S. 493 Fn. 105). Huber aber will diesen Satz ausdrücklich (!) so verstanden wissen, daß die Leistungen, die nicht unter Art. 138 I fallen, unter seinen Absatz II fallen bzw. daß erst nach der Durchführung des Art. 138 I der von Art. 138 II erstrebte "status quo" erreicht ist.

Garantie der tatsächlichen Weitergewährung der unter Art. 138 I fallenden Staatsleistungen bis zur Ablösung enthält, hätte sich zur Weimarer Zeit nach allen damals vertretenen Ansichten erübrigt, denn gem. Art. 173 WV blieben "die bisherigen auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechten beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften" bis zum Erlass eines Reichsgrundsatzgesetzes bestehen. Damals waren die Ansichten darüber geteilt, ob Art. 173 nicht mindestens im Hinblick auf die Garantie der tatsächlichen Weitergewährung der Staatsleistungen überflüssig war ¹⁾, oder ob nur Art. 173 diese Garantie enthielt ²⁾. Infolge des Wegfalls des Art. 173 erhält dieser Streit heute seine eigentliche Bedeutung ³⁾. Nach Ansicht der Vertreter der zweiten Meinung garantiert Art. 138 I, daß der Rechtsgrund der Staatsleistungen bis zum Erlass der Ablösungsgesetze bestehen bleibt. Das hat zur Folge, daß die Religionsgesellschaften die Weitergewährung aller Leistungen, auf die sie einen Rechtsanspruch haben, jederzeit verlangen können. Insoweit ist die Garantie des Art. 173 überflüssig. Die den Religionsgesellschaften ohne Rechtsanspruch gewährten Leistungen dagegen können, solange ihr Rechtsgrund unangetastet bleibt, ohne Verstoß gegen Art. 138 I eingestellt werden; in diesen Fällen wird das in Art. 173 normierte Gebot der tatsächlichen Weitergewährung der Leistungen bedeutsam. Art. 138 I versteht somit unter

-
- 1) so Anschütz, Art. 173, Anm. 1; Breitfeld, S. 53; Poetzsch-Heffter, Art. 138, Anm. 1; RGZ 129, 72 (78) (alle ohne Begründung); ferner Berner, S. 88 f.; Israel, S. 30; Weber, Ablösung, S. 17 f.
 - 2) so die oben S. 110 Fn. 1 zitierten Autoren, sowie Klein, Garantien, S. 236 f.
 - 3) Heute wird jedoch einhellig, aber ohne Begründung, davon ausgegangen, daß Art. 138 I auch die tatsächliche Weitergewährung der Staatsleistungen garantiert: Fischer, S. 209; Friedrich, Buchbesprechung, S. 102, und Kirchenrecht, S. 492; Hermanns, S. 215; Hesse, Entwicklung, S. 58; Mikat, S. 224 Fn. 491.

"Ablösung der Staatsleistungen" die "Ablösung der Rechtsgrundlagen der Staatsleistungen", während Art. 173 die Leistungen selbst betrifft. "Der Art. 138 I enthält eine Schranke gegen rechtsentziehende, nicht aber auch gegen rechtsbeschränkende Akte der Staatsgewalt. Er verbietet nicht, die garantierten Rechte inhaltlich durch ein Sondergesetz zu beschränken" ¹⁾.

Hubers Ausgangspunkt ist die Unterscheidung von Aufhebung des Leistungsgrundes und tatsächlicher Einstellung der Leistung, wobei er zutreffend feststellt, daß Art. 138 I nicht eine Garantie allein der tatsächlichen Leistungen enthalten kann, da ihre Ablösung unmöglich wäre. Von diesem Ausgangspunkt her gesehen, ist seine Lösung folgerichtig, aber der Ausgangspunkt selbst ist verfehlt, nicht weil er konstruktiv nicht möglich ist, sondern weil er aus der Verfassung nicht entnommen werden kann:

Gegen die Ansicht Hubers spricht zunächst die Identität des Wortlauts beider Bestimmungen; in beiden ist von den auf Gesetz etc. beruhenden Staatsleistungen die Rede, nicht nur in Art. 173. Dieses Argument wird gestützt durch eine gewisse Widersprüchlichkeit in der Gesamtargumentation Hubers. Er geht davon aus, daß Art. 173 jegliche Ablösung vor Erlaß der Reichsgrundsätze verbietet ²⁾. Da Ablösung aber Aufhebung der Rechtsgrundlagen bedeutet, unterlegt Huber dem Art. 173 beide von ihm unterschiedenen Bedeutungen des Wortes "Staatsleistungen": für den Garantiezweck die Bedeutung "tatsächliche Leistung" und für die vorzeitige Ablösung die Bedeutung "Rechtsgrundlagen der Staatsleistungen". Damit billigt er dem Wortlaut des Art. 173 zu, was er dem - identischen! - Wortlaut des Art. 138 I versagt!

Gegen Huber spricht auch die Entstehungsgeschichte des Art. 173. Zweck und Anlaß des Antrages auf Einfügung dieses

1) so Huber, Garantie, S. 95.

2) so a.a.O., S. 99 f.

Artikels in die Verfassung war es, die Länder daran zu hindern, vor Erlaß der Reichsgrundsätze abzulösen, wobei die Antragsteller davon ausgingen, daß das zwar schon aus Art. 138 I selbst hervorgehe, aber zur Sicherheit nochmals ausdrücklich festgestellt werden solle. Erst später wies der Abg. Kahl auf die dem Artikel von Huber beigemessene Garantie-Bedeutung hin, wobei auch er diese Vorschrift ausdrücklich nur als "Klarstellung" bezeichnete ¹⁾. Angesichts der damaligen kirchenfeindlichen Tendenzen waren solche Klarstellungen psychologisch sehr verständlich: Die den Religionsgesellschaften positiv gegenüberstehenden Parteien wollten möglichst weitgehend sicherstellen, daß die für die Religionsgesellschaften erstrittenen Rechte nicht später durch eine bewußt religionsfeindliche Auslegung unbrauchbar gemacht wurden.

Die Literatur verwendet gegen Huber ein aus dem Ablösungsbegriff hergeleitetes Argument: Der Verfassungsbefehl, daß eines Tages abgelöst werden muß, beinhaltet logischerweise die Weitergewährung der Leistungen bis zu diesem Zeitpunkt, denn nur eine bestehende und fortdauernde Leistung kann abgelöst werden ²⁾. Das Wesen der Ablösung besteht darin, einen Rechtszustand so in einen anderen Rechtszustand hinüberzuführen, daß zwar der Inhalt des Rechtszustandes verändert, umgestaltet wird, daß aber das praktische Ergebnis beider Rechtszustände identisch ist. Von diesem Ergebnis her gesehen ändert sich also für den Ablösungsberechtigten überhaupt nichts: Wenn er vor der Ablösung monatlich eine bestimmte Summe bekam, dann hat er sie auf Grund der Ablösungsleistung auch späterhin allmonatlich zur Verfügung! Diese Kontinuität ist nicht mehr gewahrt, wenn die

1) dazu Breitfeld, S. 52 f., 373-376.

2) Berner, S. 88; Israel, S. 30; Weber, Ablösung, S. 17 f.

Leistungen vor der Gewährung der Ablösungsleistung eingestellt werden.

Der Zweck der Art. 138 I ist auch nach dem Wegfall des Art. 173 derselbe geblieben: Die Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften sollen beendet werden, aber so, daß ihren Empfängern daraus kein Nachteil erwächst, sie also ihre Aufgaben im bisherigen Umfang weiterführen können. Bestünde heute die Möglichkeit, die Leistungen bis zu der irgendwann einmal kommenden Ablösung einzustellen, so wäre die Erreichung dieses mit der Ablösung verfolgten Zweckes nicht gewährleistet, da die Religionsgesellschaften bis zu diesem Zeitpunkt auf mangelhafter finanzieller Grundlage tätig werden und eine Anzahl ihrer Aufgaben einstellen müßten. Art. 138 I garantiert also auch die tatsächliche Weitergewährung der Staatsleistungen.

2. Der Beginn der Garantien und der für den zahlenmäßigen Umfang der abzulösenden Rechtsgrundlagen entscheidende Zeitraum.

Die Erörterungen zu 1. haben gezeigt, daß drei Garantien bestehen, Diese drei Garantien enden zum Zeitpunkt der Durchführung der Ablösung; da sie solche des Grundgesetzes sind, können sie mangels einer besonderen Bestimmung frühestens mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes begonnen haben ¹⁾. Dagegen, daß den schon beim frühestmöglichen Beginn der Garantien vorhandenen Rechtsgrundlagen der Schutz aller drei Garantien des Art. 138 I zugute kommt, bestehen keine Bedenken. Fraglich ist jedoch, ob in dem Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und der Durchführung der Ablösung neue Rechtsgrundlagen und Staatsleistungen i.S. des Art. 138 I begründet werden dürfen, und inwieweit diese drei Garantien auch für sie gelten. Folgende Lösungen kommen in Betracht:

1) Zu der Frage einer Verfassungskontinuität von Weimar bis heute und der Bedeutung des Zeitraumes bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes s. unten S. 132-137.

1) Garantiert und abzulösen sind alle Leistungen, deren Rechtsgrundlagen zu Beginn der Durchführung der Ablösung vorhanden sind ¹⁾.

2) Stichtag für das Unterfallen von Leistungen unter Art. 138 I ist der Tag des Inkrafttretens des Grundgesetzes.

aa) Die später entstandenen Leistungen bleiben nach Maßgabe der Art. 138 II WV, 14 GG (bzw. früher Art. 153 WV) aufrechterhalten. Für sie ist Art. 138 I unerheblich ²⁾.

bb) Die später entstandenen Leistungen sind nicht ablösungspflichtig, sondern mit dem Erlass der Ablösungsgesetze einzustellen.

cc) Danach ist das Neuentstehen von Leistungen wegen Verstoßes gegen Art. 138 I unzulässig ³⁾. ⁴⁾

Die Ansicht von Meißner - 2 cc) - kann dem Art. 138 I nicht entnommen werden, da dieser lediglich (negativ) die Aufgabe hat, bestimmte vorhandene Beziehungen zu lösen, nicht aber (positiv) die Aufgabe, entsprechende neue Beziehungen zu verhindern ⁵⁾. Auch der Lösung, daß die nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes entstandenen Leistungen mit dem

1) so zur Weimarer Zeit Anschütz, Art. 138, Anm. 3; Berner, S. 85; Fittges, S. 70; Israel, S. 26; wohl auch J. Schmitt, Staatsleistungen, S. 345.
Heute niemand mehr!

2) Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 e; Hermanns, S. 216. - In Weimar Glade, S. 60-64; Huber, Garantie, S. 97.

3) so ohne Begründung Meißner, S. 268.

4) Eine Erhöhung bzw. Neubegründung von Staatsleistungen lassen zu, ohne irgendwelche Folgerungen zu ziehen, Ridder, S. 151; Süsterhenn-Schäfer, Art. 42, Anm. 2 d; Zinnstein, Art. 52, Anm. 3; unklar Friedrich, Buchbesprechung, S. 102; vgl. auch Hollös, S. 61.
In Weimar Ebers, S. 245; Gebhard, Art. 138, Anm. 5c; Heckel, Budgetäre Ausgabeninitiative, S. 435; Liermann, Staat, S. 63, Mess, Sp. 339; Schoen, Verfassungsrecht, S. 28; unklar Breitfeld, S. 56.

5) vgl. auch Huber, a.a.O.; J. Schmitt, a.a.O., S. 11. Deshalb ist auch nach der Durchführung der Ablösung eine Neubegründung von Rechtsgrundlagen und Staatsleistungen zulässig.

Erlaß der Ablösungsgesetze einzustellen sind, kann nicht zugestimmt werden. Wenn nämlich die Begründung neuer Rechtsgrundlagen und Leistungen zulässig ist, dann fallen diese entweder unter Art. 138 I - sind also abzulösen - oder unter Art. 138 II - sind also weiterzugewähren. Ihre Einstellung ist in jedem Falle unzulässig.

Es ist überraschend festzustellen, daß zwar eine Reihe von Autoren der Weimarer Zeit alle bei Erlaß der Ablösungsgesetze bestehenden Staatsleistungen für ablösungspflichtig hielt, obwohl gem. Art. 173 die bisherigen Staatsleistungen weiterzugewähren waren und daher der Schluß nahelag, daß nur die zur Zeit des Inkrafttretens der Weimarer Verfassung vorhandenen Leistungen unter die Ablösungspflicht des Art. 138 I fielen, aber trotz der Nichtaufnahme des Art. 173 ins Grundgesetz kein Autor der heutigen Zeit den entsprechenden, von den Weimarer Schriftstellern mit dem Trennungszweck des Art. 138 I begründeten Schluß zieht. Die übrigen Schriftsteller der Weimarer Zeit schlossen in der Tat aus Art. 173, daß Stichtag für die ablösungspflichtigen Leistungen der 14.8.1919 war. Aus dem Wort "bisherige" in Art. 173 folge die Beschränkung der ablösungspflichtigen Leistungen auf die beim Inkrafttreten der Weimarer Verfassung bestehenden: Art. 173 wolle nur den zu diesem Zeitpunkt bestehenden Zustand vorläufig und als Grundlage für die spätere Ablösung sichern ¹⁾. Während diese Begründung für eine moderne Auslegung bedeutungslos ist, da Art. 173 nicht mehr gilt, ist die Argumentation Hubers auch heute noch zu beachten, da sie sich auf Art. 138 I selbst stützt ²⁾: Art. 138 I wolle "eine wirre rechtliche und politische Situation ... bereinigen", die bis zum Inkrafttreten der Weimarer Verfassung bestand. Er spreche daher von auf Gesetz etc. "beruhenden" Leistungen, d.h. von solchen, die zur Zeit des

1) Glade, S. 64; Koellreutter, S. 31. Breitfeld, S. 50, folgert das aus der Entstehungsgeschichte.

2) Garantie, S. 96-99.

Inkrafttretens der Weimarer Verfassung auf gesetzlicher etc. Grundlage bestanden hätten; später entstandene "beruhen" aber nicht, sondern bedürften erst der Begründung.

Diese Argumentation Hubers beweist nicht das von ihm vertretene Ergebnis, sondern genau das Gegenteil. Gewiß beruhen die erst nach dem Inkrafttreten der Verfassung entstehenden Leistungen zur Zeit des Inkrafttretens der Verfassung noch nicht auf Gesetz etc., sondern bedürften erst der Begründung. Der Begriff des "Beruhens" zwingt hier zwar zur Wahl eines Zeitpunktes, aber nicht zur Wahl dieses, sondern eines sich aus der Auslegung der Vorschrift ergebenden Zeitpunktes. Der für die Auslegung entscheidende Verfassungsbefehl lautet: Die auf Gesetz etc. beruhenden Staatsleistungen werden durch die Landesgesetzgebung abgelöst. Wenn aber die Länder, vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verfassung her gesehen, erst in der Zukunft ablösen sollen, dann beruhen die, d.h. alle Staatsleistungen auf Gesetz etc., die zum Zeitpunkt des Ergehens des jeweiligen Landesablösungsgesetzes auf Gesetz etc. beruhen. Art. 138 I ist keine nur für den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verfassung etwas festlegende Vorschrift, sondern eine von diesem Zeitpunkt an geltende Norm.

Die Vorschrift des Art. 138 I soll ihrem ganzen Aufbau nach ihre eigentliche Bedeutung erst in der Zukunft erhalten und in der Gegenwart nur eine bewahrende, nicht aber eine beschränkende Funktion haben. Gewiß, auch die Beendigung nur der vor Inkrafttreten der Verfassung entstandenen Rechtsgrundlagen und Staatsleistungen hat eine Bedeutung für die Bereinigung der finanziellen Beziehungen von Staat und Religionsgesellschaften, aber im eigentlichen Sinne bereinigend, weil einen Neuanfang ermöglichend, kann die Vorschrift nur dann wirken, wenn zu einem einzigen Zeitpunkt alle Staatsleistungen beendet sind. Das ist aber nur möglich, wenn alle zur Zeit des Ergehens der Ablösungsgesetze bestehenden Leistungen ablösungspflichtig sind.

Somit gelten die drei Garantien nicht nur für alle zur Zeit des Inkrafttretens des Grundgesetzes bestehenden und Staatsleistungen begründenden tauglichen Rechtsgrundlagen, sondern auch für die entsprechenden nach diesem Zeitpunkt, aber vor der Durchführung der Ablösung begründeten Rechtsgrundlagen, und zwar vom Augenblick ihres Entstehens an.

3. Der Einfluß der Wechselbeziehung zwischen den drei Garantien auf den inhaltlichen Umfang der Staats- und der Ablösungsleistungen.

Die Garantie des Bestehenbleibens aller tauglichen Rechtsgrundlagen bis zur Ablösung hat zur Folge, daß jede einzelne dieser Rechtsgrundlagen bis zu diesem Zeitpunkt unangestastet zu lassen ist. Unzulässig sind also alle Maßnahmen, die eine Aufhebung einer Rechtsgrundlage zur Folge haben, gleichgültig, ob dies zum Zweck ihrer Ersetzung durch eine andere Rechtsgrundlage geschieht oder nicht ¹⁾. Es sei nochmals betont, daß jede einzelne Rechtsgrundlage nicht nur in ihrem Bestand, sondern auch mit der Maßgabe garantiert ist, erst im Zuge einer Ablösung aufgehoben zu werden!

Da dem Ablösungsbegriff entsprechend eine Rechtsbeziehung nur abgelöst ist, wenn die Ablösungsleistung sie wertmäßig voll ersetzt, und der Wert jeder Rechtsbeziehung sich nach dem Inhalt ihrer Rechtsgrundlage richtet, garantiert Art. 138 I für jede Rechtsgrundlage eine ihrem Inhalt entsprechende Ablösungsleistung ²⁾. Da sich die Höhe einer Staats-

1) wohl nur teilweise ebenso Huber, Garantie, S. 100; vgl. auch Weber, Ablösung, S. 64, unklar S. 53, Fn. 1. s. auch unten S. 121 f. u. 129 f.

2) in der Begründung ähnlich Fittges, S. 67 f.; J. Schmitt, Ablösung, S. 93. Letzterer aber auch, ebenso wie Kreis, S. 19, mit der unzutreffenden Berufung auf die Art. 138 II und 153 WV: Diese Vorschriften sind für Art. 138 I, also bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Ablösung durchgeführt ist, bedeutungslos. Ohne Begründung ebenso Berner, S. 89; Conrad, Sp. 217; Duske, S. 7; Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 e; Giese, Staatsleistungen, S. 102; Glade, S. 50 f.; Kern, S. 119; Lang, S. 21, Weber, Ablösung, S. 66; Zinn-Stein, Art. 52, Anm. 6; a.A. Breitfeld, S. 55 f. (ohne Begründung); widersprüchlich Mess, Sp. 338.

leistung ebenfalls nach der ihr zugrundeliegenden Rechtsgrundlage richtet, ist auch die tatsächliche Erbringung jeder Staatsleistung bis zur Ablösung in der dem Inhalt ihrer Rechtsgrundlage entsprechenden Höhe garantiert. Dementsprechend kann auch jede in ordnungsgemäßem Umfang erbrachte Staatsleistung bei der Durchführung der Ablösung Berechnungsgrundlage für die Ablösungsleistung sein. Daraus folgt im einzelnen:

(1) Für den Umfang der Ablösungsleistung und des bis zur Ablösung zu leistenden Betrages ist es bei den schon bei Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhandenen Rechtsgrundlagen bedeutungslos, ob die geschuldete Leistung bei Inkrafttreten des Grundgesetzes tatsächlich und in vollem Umfang erbracht wurde ¹⁾.

(2) Legt die Rechtsgrundlage einen bestimmten Betrag ziffernmäßig fest, dann hat das nicht zur Folge, daß diese Summe bis zur Ablösung zu leisten ist und die Grundlage für die Berechnung der Ablösungsleistung bildet, sondern daß immer der Betrag zu leisten ist, dessen Höhe dem Geldwert der in der Rechtsgrundlage angegebenen Summe entspricht. Der zu leistende Betrag kann daher - summenmäßig gesehen - niedriger sein als die Ausgangssumme. Solche Anpassungen an den Geldwert sind bei Leistungen zu bestimmten Zwecken grundsätzlich so zu errechnen, daß der Religionsgesellschaft die Erreichung dieses Zweckes möglich bleibt; bei Fehlen eines konkreten Zweckes ist die Kaufkraft des Geldes zugrunde-zulegen ²⁾.

1) vgl. dazu Geller-Kleinrahm, Art. 21, Anm. 3 e; Lang, S. 21; a.A. Breitfeld, S. 56, mit der Begründung, Grundlage der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung von Kirche und Staat seien nicht die Rechtsansprüche der Religionsgesellschaften an den Staat, sondern die rechtlich begründeten Staatsleistungen. Selbstverständlich ist, daß es für die Ablösungspflicht keine Rolle spielt, ob die Leistung entgegen der Garantie tatsächlich nicht (in vollem Umfange) erbracht wird.

2) zu diesen Anpassungsfragen im einzelnen StGH RGZ 118, Anh. 1 (8 ff.); Ebers, S. 247; Pittges, S. 49; Glade, S. 51-57; Huber, Garantie, S. 72 f. Für Anpassungen auch Breitfeld, S. 58; Conrad, Sp. 219; Koeniger, S. 165; Mikat, S. 227; Schultze, S. 300.

Diese Anpassungen haben nicht schematisch, sondern unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu erfolgen. Wenn nämlich z.B. bei einer allgemeinen Verarmung von Volk und Staat die Religionsgesellschaften als einzige nicht davon betroffen wären, dann hätte sich ihre finanzielle Stellung entgegen dem Grundgedanken, Ziel und Zweck des Art. 138 I verbessert, statt gleichzubleiben. Das kirchenpolitische System des Grundgesetzes gesteht den Religionsgesellschaften keine grundsätzlich bessere Stellung zu als dem Staat selbst und den Bürgern dieses Staates, schließt also Opfer der Religionsgesellschaften nicht aus ¹⁾. Was Herabsetzungsklauseln in den Rechtsgrundlagen angeht, so gelten dafür die oben S 40f entwickelten Grundsätze entsprechend ²⁾.

Diese zuletzt genannten Grundsätze geben Anlaß, auf folgende Tatsache besonders hinzuweisen: Je nachdem ob man von der ursprünglichen Rechtsgrundlage ausgeht oder von der zuletzt gezahlten Einzelleistung, ergibt sich eine verschieden hohe Ablösungsleistung. Da aber jede Anpassung dem Willen des Art. 138 I entspricht, und diese Bestimmung eine Wechselbeziehung zwischen den drei Garantien enthält, hat jede Anpassung des zu leistenden Einzelbetrages eine Veränderung des Inhalts der betreffenden Rechtsgrundlage zur Folge. Daraus ergibt sich, daß für die Berechnung der Ablösungsleistungen die gesamte Entwicklung seit Bestehen der Garantie zu berücksichtigen ist; eine unterschiedlich hohe Ablösungsleistung, je nachdem ob sie nach der Rechtsgrundlage oder ob sie nach der Höhe der zuletzt gewährten Einzel-

-
- 1) vgl. zu diesen in Weimar stark vertretenen Gedanken StGH a.a.O. und in Lammers-Simons, Bd. VI, S. 71(86); Glade, a.a.O.; Schultze, a.a.O.
- 2) vgl. auch StGH RGZ 118, Anh. 1(15); RGZ 129, 72(79); VG Frankfurt, ZevKR Bd. 5, 324(327).

leistung berechnet wird, ist also nicht denkbar. - Ist jedoch der Betrag der Rechtsgrundlage ermittelt, dann kann die Höhe der Ablösungsleistung nur schematisch berechnet werden, da die zukünftige Entwicklung von Volk und Staat nicht berechenbar ist. Die Ablösungsleistung kann nicht allen denkbaren Veränderungen Rechnung tragen; ihre Berechnung hat daher der voraussichtlichen Entwicklung entsprechend zu erfolgen!

(3) Verpflichtet eine Rechtsgrundlage den Staat zur Erbringung einer Bedarfsleistung, dann ist die je nach dem Inhalt der Rechtsgrundlage völlige oder teilweise, primäre oder subsidiäre Deckung dieses Bedarfs Gegenstand der Garantien. Die Ablösungsleistung ist dementsprechend unter Zugrundelegung der Erörterungen unter (2) und unter Berücksichtigung des voraussichtlichen zukünftigen Bedarfs zu berechnen ¹⁾.

(4) Waren die Religionsgesellschaften bisher von der Zahlung bestimmter Steuern und Gebühren befreit, dann ist Inhalt der Rechtsgrundlage die Steuer- bzw. Gebührenbefreiung. Daraus folgt, daß eine Steuererhöhung nicht dazu führen kann, daß die Religionsgesellschaften den Unterschied zwischen altem und neuem Betrag selbst zu erbringen haben ²⁾. Auch in diesem Fall ist für die Berechnung der Ablösungsleistung die voraussichtliche Entwicklung - hier der Steuersätze - zugrunde zu legen.

II. Die Möglichkeit der Beendigung von (an sich) unter Art. 138 I fallenden Rechtsgrundlagen und Staatsleistungen auch ohne Ablösung

Oben ³⁾ wurde festgestellt, daß zwischen den drei in Art. 138 I enthaltenen Garantien eine Wechselbeziehung

¹⁾ vgl. StGH RGZ 118, Anh. 1(7 f.); RGZ 113, 349(378 f.); Conrad, Sp. 217; Ebers, S. 247; Fittges, S. 50; Huber, Garantie, S. 73; Karpfhammer, S. 8; Schultze, S. 300; Weber, Ablösung, S. 40. A.A. Breitfeld, S. 50 und 58 und Mess, Sp. 338: "Bedarfstitel werden Summentitel".

²⁾ vgl. RG in Lammers-Simons, Bd. IV, S. 306(320 ff.).

³⁾ S. 110 und 114 mit S. 118.

besteht, die u.a. verhindert, daß unter diese Bestimmung fallende Rechtsgrundlagen und Staatsleistungen anders als durch Ablösung beendet werden. Offen bleibt, ob diese an sich ausnahmslos geltende Feststellung infolge bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten, infolge bestimmter außerhalb des Art. 138 I liegender rechtlicher Gegebenheiten oder infolge bestimmter Handlungen der Religionsgesellschaften selbst nicht dennoch zwangsläufig einige Ausnahmen erleidet.

1. Unmöglich gewordene Leistungen

Die Garantie der tatsächlichen Erbringung der Staatsleistungen kann nicht verhindern, daß, ohne daß die Rechtsgrundlagen solcher Leistungen aufgehoben werden, die Erbringung dieser Leistungen aus irgendwelchen Gründen unmöglich wird. Unmöglich wäre sie etwa dann, wenn eine dem Art. 138 I mindestens gleichrangige Vorschrift die Erbringung einer solchen Leistung verböte, wenn die Erbringung des Leistungsgegenstandes unmöglich würde, wenn der Zweck, für den die Leistung bestimmt war, erreicht, der Gegenstand, zu dessen Erhaltung sie diente, untergegangen, oder der Leistungsempfänger fortgefallen wäre, oder wenn die Mittel, aus denen die Leistung zu erbringen ist, erschöpft wären.

Die Unmöglichkeit der Erbringung einer Leistung kann zur Folge haben, daß sie völlig entfällt oder daß sie in eine mögliche Leistung umgewandelt wird, deren Wert demjenigen entspricht, den die unmögliche Leistung entsprechend ihrer Rechtsgrundlage hatte. Berücksichtigt man die Tatsache, daß die Leistungen und Rechtsgrundlagen nur in dem Umfang garantiert sind, in dem sie vor Beginn der Garantie bestanden, und daß Art. 138 I die finanzielle Lage der Religionsgesellschaften erhalten, aber nicht aufbessern wollte, dann können Garantie und Ablösungspflicht sich nicht auf sie erstrecken. Diese Leistungen erlöschen vielmehr im Zeitpunkt ihres Unmöglichwerdens und bleiben danach für Art. 138 I außer Betracht.

An Hand von in Literatur und Rechtsprechung behandelten Beispielen soll nun aufgezeigt werden, auf welche Weise das Vorliegen einer unmöglichen Leistung zu ermitteln ist:

(1) In den Fällen, in denen der Staat auf Grund rechtlicher Verpflichtung die kirchlichen Verwaltungsaufgaben mit Hilfe staatlicher Behörden wahrgenommen hatte, wurde ihm dies durch Art. 137 III S. 1 WV unmöglich gemacht. Mit der Begründung, daß Inhalt dieser Verpflichtung die Tragung sämtlicher Kosten des Kirchenregiments sei, mithin durch Art. 137 III S. 1 WV nur eine Form der Erfüllung dieser Verpflichtung unmöglich geworden sei ¹⁾, und daß zwischen Art. 138 I und Art. 137 III S. 1 WV kein Zusammenhang bestehe, weil Art. 138 I die bisherige Rechtslage aufrechterhalte, während Art. 137 III S. 1 WV eine völlig neue Lage herbeiführe ²⁾, wird angenommen, daß diese Verpflichtung nicht entfällt, sondern als Geldleistung fortbesteht und damit von Art. 138 I umfaßt wird ³⁾.

(2) Dort, wo eine primäre oder subsidäre Bedarfsleistung nur dann fällig wird, wenn die betreffende Religionsgesellschaft diesen Bedarf nicht aus eigenen Mitteln decken kann, taucht die Frage auf, ob solche Leistungspflichten des Staates nicht infolge der Gewährung des Steuerrechts durch Art. 137 VI WV erlöschen, sobald eine Religionsgesellschaft Steuern erhebt. Mit der Begründung, daß die Gewährung des Steuerrechts die Religionsgesellschaften nicht auf die Mittel aus ihrem Aufkommen beschränkt ⁴⁾, und daß die Steuer

1) so Huber, Garantie, S. 102 u. 105 f.

2) so Koellreutter, S. 15. Ähnlich RGZ 113,349(402 f.) für den Fall der Koinspektion: Art. 138 I gehe dem Art. 137 III vor, da die Koinspektion primär der Unterstützung der Kirche diene.

3) im Ergebnis ebenso, aber ohne Begründung, Glade, S. 43 f.; Hermanns, S. 222 f.; Lang, S. 46; vgl. auch Vogels, Art. 21, Anm. 3.

4) so RGZ 125,186(190); LG Gießen, KirchE 1,338(348).

nur den nach Ausschöpfung aller vorhandenen Mittel, also auch der Bedarfsleistungen, noch verbliebenen Bedarf decken darf ¹⁾, wird diese Frage verneint. Ferner wird gesagt, daß für die alten Leistungen der Zustand bei Inkrafttreten der Verfassung maßgebend sei; deshalb blieben auch alle Voraussetzungen für die Bewirkung der Leistungen bestehen, wie z.B. die Leistungsunfähigkeit des primär Verpflichteten, so daß es wie bisher vom Vorliegen der Voraussetzungen abhängt, ob die Leistungen zu erbringen sind oder nicht ²⁾. Infolge der Tatsache, daß die Steuersätze auf Dauer festgesetzt werden und ihre Anpassung an einen vergrößerten Bedarf nicht so schnell möglich ist, wie es zur Deckung dieses Bedarfs notwendig ist, können diese Voraussetzungen von Zeit zu Zeit durchaus vorliegen, weshalb solche Leistungen für die Religionsgesellschaften von Wert bleiben, also nicht unmöglich werden.

(3) Der Bayrische Verwaltungsgerichtshof ³⁾ hat angenommen, daß Zweck der Lieferung einer bestimmten Holzmenge an einen Kalkanten, einer zur Betätigung einer Orgel früher notwendig gewesen und nur zu diesem Zweck angestellten Person, letztlich die Ermöglichung des Orgelspiels sei. Deshalb sei auch dann, als der Kalkantendienst infolge technischer Neuerungen wegfiel, dieser Zweck nicht entfallen. Das Holz, bzw. dessen Erlös, könne vielmehr zur Unterhaltung der technischen Anlage, also jetzt unmittelbar zur Ermöglichung des Orgelspiels verwendet werden. Auch sei mit dem Wegfall

1) so RGZ 165,242(247), allerdings für den Fall einer festen Jahresleistung. vgl. aber z.B. das Kirchensteuergesetz von NW vom 15.2.1950 (GVBl NW, S. 32), wo diese Einschränkung entfallen ist; dazu auch OLG Hamm, KirchE 2,390(392).

2) so zutreffend RGZ 113,349(379); vgl. auch BGH KirchE 3,6(30 f.) und OLG Hamm, a.a.O., S. 392 f., wo es ausdrücklich dahingestellt gelassen wird, ob eine Leistung, deren Rechtsgrundlage dahingehend lautet, daß die Kirchenkassendefizite zu decken sind, durch die Gewährung des unbeschränkten Kirchensteuerrechts untergegangen ist.

3) ZevKR Bd. 6, S. 99(103 f.).

des Kalkanten nicht der Berechtigte, sondern nur der Begünstigte untergegangen. Die Holzleistungspflicht bestehe also wie bisher fort.

(4) Nach dem zweiten Weltkrieg vertraten Baulastpflichtige häufig die Ansicht, daß die Zerstörung des Baulastobjektes den Untergang der Baulastverpflichtung zur Folge habe ¹⁾. Das Wesen der Baulast, sei es nun, daß es sich um eine Gebäude-, Glocken-, Orgel- oder sonstige Baulast handelt, besteht jedoch darin, ein vorhandenes Baubedürfnis zu decken. Gegenstand der Baulast ist nicht ein vorhandenes Gebäude, eine vorhandene Glocke oder Orgel, sondern die Pflicht, das erforderliche Gebäude, die erforderliche Glocke oder Orgel **b e r e i t z u s t e l l e n**. Daraus folgt, daß auch die völlige Zerstörung des Gegenstandes, der bisher Objekt der Baulast war, diese nicht untergehen läßt ²⁾.

(5) Hat der Staat ein einer Religionsgesellschaft gehörendes oder ihren Zwecken gewidmetes Vermögensstück eingezogen, sich aber gleichzeitig verpflichtet, die betreffende Religionsgesellschaft daraus zu dotieren, dann erlischt seine Dotationspflicht, wenn das eingezogene Vermögen aufgebraucht ist, und sich aus der Rechtsgrundlage ergibt, daß der Staat nur aus diesem Vermögen leisten wollte ³⁾.

1) vgl. hierzu OLG Celle, ZevKR Bd. 6, S. 89 ff.; Brennberger, S. 331.

2) Dazu ausführlich OLG Celle a.a.O.; HessVGH ESVGH 12, 165(169 f.); Brennberger, S. 329 ff., insbesondere S. 340 ff. m.w.N.; Hofmann, S. 377; vgl. auch LG Gießen, KirchE 1,338(345 f.). Andererseits besteht die Möglichkeit, daß die Baulast im Einzelfall vom vorhandenen baulichen Bestand bestimmt wird (vgl. Brennberger, S. 343; BGH ArchKathKR Bd. 133 (1964), 177-179), was aber besonders nachzuweisen ist. Dann ist der Inhalt der Baulast durch Auslegung ihrer Rechtsgrundlage zu ermitteln und daraus ihr Schicksal nach der Zerstörung des Baulastobjekts zu bestimmen.

3) RGZ 96,31(39); 104,338(340 f.). Diese Erschöpfungs- einrede erkennen auch an OLG Celle, ZevKR Bd. 6, 89(93 f.) und Schmitt (J.), Ablösung, S. 103 f. Zu den Einzelheiten, insbesondere dazu, daß nur ein selbständig verwaltetes Vermögensstück darunter fällt, vgl. die angegebene Literatur und Rechtsprechung.

Aus diesen Beispielen lassen sich folgende Grundsätze zur Ermittlung der Unmöglichkeit ableiten: Die Rechtsgrundlage, auf der die betreffende Leistung beruht, ist dahin auszu-legen, was denn wirklich geschuldet ist, welchen Inhalt also die Garantien haben. Ist lediglich ein bestimmter Erfolg geschuldet, ist also gleichgültig, mit welchen und aus welchen Mitteln er herbeigeführt wird, so ist die Leistung dann unmöglich, wenn die Herbeiführung gerade dieses Erfolges unmöglich geworden ist. Ist eine bestimmte Leistung geschuldet, dann muß ihre Erbringung unmöglich sein. Im Falle des Vorliegens einer Verbotsnorm ist auch noch genau der Inhalt dieses Verbots zu ermitteln.

Zum Abschluß sei noch festgestellt, daß dem Art. 138 I unterliegende finanzielle Beziehungen zwischen Staat und Religionsgesellschaften seit Beginn der Garantien nicht mehr infolge der Anwendung der clausula rebus sic stantibus, der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder ähnlicher aus Treu und Glauben abgeleiteter Rechtsinstitute, erlöschen können: Ihre Geltung ist durch die Garantien von vornherein ausgeschlossen.

2. Das Patronatsrecht

Der Patronat ist der Inbegriff der Rechte und Pflichten zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und der evangelischen oder katholischen Kirche ¹⁾. Entsprechend dem Begriff der Staatsleistung können unter Art. 138 I nur die unechten Patronate fallen, d.h. die, bei denen der Staat als Hoheitsträger Patron ist ²⁾. Infolge der Regelung des Art. 137 III WV hat der Staat seine ihm auf Grund eines

1) vgl. Reicke, Patronat, Sp. 155; Ebers, Grundriß des katholischen Kirchenrechts, S. 294; Liermann, Kirchenrecht, S. 287 f.

2) Gegensatz: die echten oder fiskalischen oder Staatspatronate; vgl. Harder, S. 51 ff.; Huber, Garantie, S. 63; Liermann, a.a.O.

unechten Patronats zustehenden Verwaltungsrechte wegen Verstoßes gegen Art. 137 III 1 und seine Präsentations- und Ämterbesetzungsrechte wegen Verstoßes gegen Art. 137 III 2 ¹⁾ verloren. Daraus könne man folgern, daß damit die Rechte und Pflichten des Patrons erloschen sind ²⁾.

Es ist im Patronatsrecht anerkannt, daß der Patron nicht nur ganz, sondern auch teilweise auf seinen Patronat verzichten kann ³⁾, also auch nur auf seine Patronatsrechte, wodurch der Patronat nicht untergehe, da die Zulassung eines Teilverzichts dann sinnlos wäre. Daraus folgt, daß der in Art. 137 III vom Staat ausgesprochene Verzicht auf seine Patronatsrechte nicht den Untergang des Patronats impliziert ⁴⁾, also auch nicht den der Patronatspflichten. Berücksichtigt man weiterhin, daß weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Art. 138 I und 137 III auf einen umfassenden Verzicht des Staates geschlossen werden kann, und daß beim unechten Patronat, anders als beim echten, Rechte und Pflichten meist mehr oder weniger zufällig miteinander verknüpft sind ⁵⁾, so kann nur der Schluß gezogen werden, daß diese Patronatslasten des Staates fortbestehen ⁶⁾ und unter Art. 138 I fallen ⁷⁾.

-
- 1) Diese Vorschrift ist geltendes Recht, was für ihren Satz 2 in Weimar von einigen - zu Unrecht - verneint wurde. Zutreffend Heckel, Patronate, S. 320; heute: Harder, S. 52 m.w.N.; Holtkotten in BK Art. 140, Anm. II 5 b.
 - 2) so Huber, a.a.O.; Schoen, Staat, S. 11, unklar Friedrich, Kirchenrecht, S. 465.
 - 3) vgl. Eichmann-Mörsdorf, S. 447.
 - 4) A.A. Liermann, a.a.O., S. 287 und Mikat, S. 209. Zutreffend Ebers, S. 271: "Da Art. 137 III 2 aktuelle Rechtsnorm ist, so sind dadurch eo ipso alle unechten Patronats r e c h t e (Sperrung nur hier!) des Staates ...aufgehoben..."; unscharf: Reicke, a.a.O., Sp. 159.
 - 5) vgl. Harder, S. 52.
 - 6) im Ergebnis ebenso RGZ 107,287(290); Ebers, S. 271; Heckel, Patronate, S. 271 und Buchbesprechung, S. 862; Reicke, Patronat, Sp. 159; wohl auch Harder, S. 52.
 - 7) so ausdrücklich auch Heckel, Buchbesprechung, S. 862.

3. Der Verzicht einer Religionsgesellschaft auf die
Rechtsstellung des Art. 138 I und die Möglichkeit einer
Umgehung dieser Vorschrift

Der Verzicht ist ein anerkanntes Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts. Verzichtet werden kann mittels einseitiger Erklärung auf eine Rechtsstellung, die sich als Begünstigung darstellt und die nicht der Reflex einer Pflicht ist ¹⁾.

Art. 138 I, der eine solche Rechtsstellung der Religionsgesellschaften enthält, schließt einen Verzicht auch nicht aus Gründen des öffentlichen Interesses aus ²⁾, denn die Garantie der Aufrechterhaltung der finanziellen Grundlage der Religionsgesellschaften durch den Staat entspricht zwar der Gesamtkonzeption des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes, letztlich und eigentlich liegt die Erhaltung ihrer Finanzkraft und bestehen die Garantien des Art. 138 I jedoch ausschließlich im Interesse der Religionsgesellschaften selbst. Die Streitfrage, ob ein Verzicht auf eine öffentlich-rechtliche Rechtsstellung immer die dieser Rechtsstellung zugrundeliegende Rechtsgrundlage beseitigt ³⁾, spielt für Art. 138 I keine Rolle. Der Verzicht einer Religionsgesellschaft auf einen Teil der ihr durch Art. 138 I verliehenen Rechtsstellung hat zur Folge, daß die betreffende Rechtsgrundlage und Staatsleistung für Art. 138 I unerheblich werden. Sie scheiden aus dem Kreis der von dieser Bestimmung erfaßten Rechtsbeziehungen aus, so daß ihre Berücksichtigung im Rahmen des Art. 138 I nicht in Betracht kommt, und der Staat die Rechtsgrundlage, soweit sie durch den Verzicht nicht schon erloschen ist, jederzeit selbst beseitigen kann.

1) Forsthoff, S. 261; Wolff, Bd. I, § 43 V c.

2) zu diesem Merkmal Forsthoff a.a.O.

3) dazu (und dagegen) Forsthoff, S. 262 m.w.N.;
Wolff Bd. I, § 54 I c.

Art. 138 I macht es einmal Bund und Ländern unmöglich, bestimmte finanzielle Beziehungen zu ihnen anders als im Rahmen der durch seine Garantien zugelassenen Möglichkeiten zu verändern, und zum andern den Ländern, vor Erlass der Bundesgrundsätze, die Ablösung einseitig oder nach entsprechender Vereinbarung mit den Religionsgesellschaften durchzuführen. Infolge der Zulässigkeit eines solchen Verzichts der Religionsgesellschaften und der weiter vorn ¹⁾ festgestellten Zulässigkeit der Gewährung neuer (befristeter und unbefristeter) Leistungen des Staates an sie wird möglicherweise eine Umgehung dieser Aussage und dieses Anliegens des Art. 138 I ermöglicht. Wenn nämlich beide Maßnahmen zwischen Staat und Religionsgesellschaften vereinbart werden, dann liegt - formal gesehen - gar kein Verstoß gegen Art. 138 I vor, denn die Vereinbarung, daß die Religionsgesellschaft verzichtet und daß der Staat eine neue Leistung gewährt, stellt - wiederum formal gesehen - gar keine Ablösungsvereinbarung dar! Dennoch kann eine solche Vereinbarung nicht als dem Art. 138 I entsprechend und damit als zulässig angesehen werden. Materiell gesehen würde nämlich mit ihr ein Weg eingeschlagen, der dem Anliegen des Art. 138 I, die Entflechtung der finanziellen Beziehungen zwischen Staat und Religionsgesellschaften auf eine ganz bestimmte Art und Weise herbeizuführen, widersprechen würde. Im Ergebnis hätte eine solche Vereinbarung genau das zur Folge, was in diesem und dem vorangegangenen Kapitel als unzulässig angesehen wurde ²⁾. Die rein formale Betrachtungsweise würde also die Umgehung des Art. 138 I legalisieren; sie kann deshalb nicht entscheidend sein. Auch würden solche Vereinbarungen, wenn sie nicht mit allen Religionsgesellschaften in demselben Umfang und unter Zugrundeliegung derselben Maßstäbe getroffen würden, dem Paritätsgrundsatz widersprechen.

1) auf S.115 f mit Fn. 5.

2) vgl. auch Hofmann, S. 373 f.

Was für eine Vereinbarung solcher Maßnahmen gilt, muß auch in den Fällen gelten, in denen beide Maßnahmen nicht ausdrücklich, sondern in verschleierte Form miteinander verkoppelt werden: Solange festgestellt werden kann, daß zwischen Verzicht und neuer Leistung irgendein (beabsichtigter) Zusammenhang besteht, verstoßen beide Rechtshandlungen gegen Art. 138 I und sind unwirksam. Kriterien für eine solche Feststellung sind z.B. ein etwaiger zeitlicher Zusammenhang zwischen beiden Maßnahmen, eine (ungefähre) Übereinstimmung des Wertes der neuen mit dem der alten Leistung bzw. mit der (voraussichtlichen) Ablösungsleistung für diese alte Leistung und die Begründung, die Staat und Religionsgesellschaft jeweils für ihre Maßnahme geben.

Nicht als unzulässig, sondern im Gegenteil als durchaus wünschenswert, kann hingegen eine Vereinbarung zwischen Staat und Religionsgesellschaft angesehen werden, in der eine Neuregelung ihrer finanziellen Beziehungen für die Zeit bis zur Ablösung getroffen wird ¹⁾, denn die bei der Ablösung vorhandene Rechtslage ist in diesem Fall identisch mit der ohne eine solche Vereinbarung vorhandenen Rechtslage, so daß keine dem Art. 138 I widersprechende endgültige Maßnahme getroffen wurde und getroffen werden sollte. Die bei solchen Vereinbarungen übliche Formel: "Für eine Ablösung ... bleibt die bisherige Rechtslage maßgebend" - so z.B. in Art. 16 II des Loccumer Vertrages vom 18.4.1955 ²⁾ - entspricht also der Verfassung. Konstruktiv gesehen liegt dabei seitens der Religionsgesellschaft ein teilweiser Verzicht - nämlich auf eine den garantierten Rechtsgrundlagen entsprechende Behandlung bis zur Ablösung - und seitens des Staates eine bedingte Gewährung einer neuen Leistung vor - bedingt insofern, als sie bei Eintritt der Bedingung, nämlich dem Wegfall dieser Vereinbarung oder der Durchführung der Ablösung, entfällt.

1) Ähnlich Huber, Garantie, S. 100 ff. mit Beispielen.

2) abgedruckt bei Weber, Konkordate, S. 212.

III. Die Aufhebung von Rechtsgrundlagen durch den Staat vor Inkrafttreten des Grundgesetzes

Die Feststellung, daß alle bei Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhandenen tauglichen Rechtsgrundlagen für die Ablösung heranzuziehen sind, bedarf der Konkretisierung durch die Beantwortung der Frage: Unter welchen Voraussetzungen konnte der Staat vor Inkrafttreten des Grundgesetzes Rechtsgrundlagen für Staatsleistungen mit der Wirkung aufheben, daß sie für Art. 138 I nicht mehr zu berücksichtigen sind?

Dazu sind drei Zeiträume zu unterscheiden:

die Zeit vor Inkrafttreten der Weimarer Verfassung, die Zeit bis zum Erlass des Gesetzes "zur Behebung der Not von Volk und Reich" vom 24.3.1933 (RGBl I S. 141) und die Zeit bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes.

(1) In der Weimarer Zeit wurden alle vor dem 14.8.1919, dem Tag des Inkrafttretens der Weimarer Verfassung in rechtlich gültiger Weise aufgehobenen Staatsleistungen und Rechtsgrundlagen als für Art. 138 I unbeachtlich, weil nicht mehr bestehend angesehen ¹⁾. Begründet wurde diese Auffassung einmal damit, daß die "bisherigen" Staatsleistungen des Art. 173 WV nur die sein könnten, die noch am Tag des Inkrafttretens der Verfassung bestanden hätten, denn "bisherig" sei nur ein bis zur Gegenwart dauernder Zustand, und zum anderen mit dem Terminus "bestehenbleiben" in Art. 173, denn "bestehenbleiben" könnten nur Leistungen, die tatsächlich noch bestehen, alle anderen müßten erst begründet werden.

Diese Argumentation ist zutreffend, da bei Inkrafttreten der Weimarer Verfassung die von den Art. 138 I und 173 umfaßten Staatsleistungen und Rechtsgrundlagen identisch waren. Eine weitere Begründung für dieses Ergebnis folgt aus dem Wort "beruhen" in Art. 138 I: Am 14.8.1919, als Art. 138 I in Kraft trat, konnten logischerweise nur die Staatsleistungen auf Gesetz etc. beruhen, deren Rechtsgrundlagen (Gesetz etc.) zu diesem Zeitpunkt tatsächlich noch bestanden. Ob zu einem früheren Zeitpunkt noch andere Leistungen auf Gesetz etc.

¹⁾ so Anschütz, Art. 138, Anm. 5; Berner, S. 89; Breitfeld, S. 50; Ebers, S. 246; Glade, S. 46 ff. u. 54; Huber, Garantie, S. 99; Schultze, S. 292; RGZ 113, 349 (350); 117, 27 (29 f.); vgl. auch RGZ 105, 24 (26). A.A., aber ohne Begründung, Liermann, Kirchenrecht, S. 96 f.

beruhten, konnte mangels ausdrücklicher Normierung für Art. 138 I nicht bedeutsam sein, da er damals noch nicht galt. Diese Rechtsgrundlagen sind also auch heute unbeachtlich.

(2) Die während des zweiten Zeitraumes möglicherweise erfolgte Aufhebung von unter Art. 138 I fallenden und damit garantierten Rechtsgrundlagen verstieß gegen die Weimarer Verfassung und war daher unwirksam. Solche Rechtsgrundlagen waren daher, solange die Weimarer Verfassung mit Verfassungsrang fortbestand, für Art. 138 I als weitergeltend anzusehen. Das gilt nicht für die mit der Mehrheit des Art. 76 WV beschlossene Aufhebung von Rechtsgrundlagen!

(3) Wie oben ¹⁾ festgestellt, kann die Garantie der Rechtsgrundlagen durch das Grundgesetz mangels einer besonderen Bestimmung erst mit dem Inkrafttreten dieser Verfassung begonnen haben. Die Ansicht von Bertram ²⁾, mit der Einfügung des Art. 138 I in das Grundgesetz sei "die alte Rechtslage wiederhergestellt worden", so daß die im Dritten Reich aufgehobenen Grundsteuerbefreiungen wieder bestünden, verkennt, daß das Grundgesetz eine eigenständige Verfassung ist, die ihrem rechtlichen Gehalt entsprechend auszulegen ist ³⁾. Diese Auslegung entspricht dem allgemein, also auch für Art. 138 I geltenden Art. 123 I GG, der Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages für fortgeltend erklärt. Fortgelten kann aber nur gültiges, geltendes Recht ⁴⁾, also nur eine Rechtsgrundlage, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes tatsächlich bestand. Bertram kann nur dann Recht haben, wenn die Übernahme der Weimarer Regelung ins Grundgesetz tatsächlich bedeutet, daß die Weimarer und die heutige Regelung nahtlos ineinander übergehen, und das hängt allein von der Rechtslage zwischen 1933 und 1949 ab.

1) S. 114.

2) S 6338; vgl. auch Hermanns, S. 256: Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes "sah sich der Bundesgesetzgeber genötigt, die verfassungsrechtlich garantierte Rechtslage wiederherzustellen" (?).

3) s. oben S. 2 f.

4) vgl. Maunz-Dürig, Art. 123, Rdn. 2 und 6.

Zur weiteren Stützung seiner Ansicht charakterisiert Bertram die Zeit zwischen 1933 und 1945 dahin, daß die Aufhebung der Grundsteuerbefreiungen ein Rechtsbruch gewesen sei, der nicht gewohnheitsrechtlich habe Recht werden können, da es sich um eine typisch-nationalsozialistische Maßnahme gehandelt habe. Die Aufhebung von Rechtsgrundlagen zwischen 1933 und 1945 kann nur dann ein solcher Rechtsbruch gewesen sein, wenn die Weimarer Verfassung, bzw. ihr Art. 138 I in dieser Zeit mit Verfassungsrang fortbestand.

Infolge des Ermächtigungsgesetzes, dessen Art. 2 der Reichsregierung das Recht gab, von der Weimarer Verfassung abweichende Reichsgesetze zu erlassen ¹⁾, hätte diese ihren formellen Verfassungsrang verloren: Art. 76 WV galt nicht mehr ²⁾.

1) vgl. auch Art. 4 des Gesetzes "über den Neuaufbau des Reiches" vom 30.1.1934 (RGBl I, S. 75): "Die Reichsregierung kann neues Verfassungsrecht setzen." Dieses Gesetz, durch das die Länder ihre Staatsqualität verloren, hatte nicht die Ungültigkeit des in ihnen geltenden Landesrechts zur Folge; die für Art. 138 I in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen bestanden daher als regionales Reichsrecht weiter. Zu der Fortgeltung völkerrechtlicher Verträge s. oben S. 67 f.

2) BVerfG 2,237(248-250); 3,58(90 ff.) m.w.N.; BVerwG 11,318(322); ebenso RGZ 149,167(170); Hartung, S. 347; Huber, Quellen, S. 7; v. Mangoldt, S. 1; Scheuner, Funktionsnachfolge, S. 18; Stödter, S. 26; m.w.N.; Weber, Ablösung, S. 16. - BGHZ 6, 270(274) beschränkt die Geltung des Art. 153 WV auf seine nach Erlaß der VO des Reichspräsidenten vom 18.2.1933 (RGBl I, S.83) noch verbliebenen Anwendungsgebiete; Folge dieser Ansicht ist, daß grundsätzlich der Verfassungsrang der Weimarer Verfassung bestehen blieb.

Nach BGHZ 13,265(317) und 16,192(199 f.) galt Art. 129 WV als Ausfluß der übergesetzlichen Eigentumsgarantie bis zum Erlaß des Grundgesetzes zwar nicht mit Verfassungskraft, aber doch mit einer den ordentlichen Gesetzgeber bindenden Wirkung weiter. - Widerspruchlich BGHZ 11, Anh. 81(83): Wenn die Art. 129 u. 153 WV "auch nach dem Zusammenbruch des Reiches mit Verfassungskraft fortgalten", dann konnten sie nach 1945 nicht "von selbst wieder in ihren verfassungsrechtlichen Rang einrücken".

Ferner kann eine Verfassung, die, ohne formell aufgehoben zu sein, in keiner Weise mehr als politische und rechtliche Grundordnung eines Volkes angesehen und behandelt wird, keine erhöhte Geltungskraft beanspruchen. Sie galt also lediglich als einfaches Reichsgesetz fort. Daraus folgt, daß die zwischen 1933 und 1945 in der damals für Gesetze vorgeschriebenen Form aufgehobenen Rechtsgrundlagen von Staatsleistungen für Art. 138 I unbeachtlich sind. Ein zur Unwirksamkeit solcher Maßnahmen führender Rechtsbruch lag also nicht vor. ^{1) 2)}

Da die Weimarer Verfassung ihre Verfassungskraft nicht wiedergewann ³⁾, und Art. 138 I vor dem Zusammenbruch des Jahres 1945 als einfaches Reichsrecht gegolten hatte - daß er seine Geltung nicht eingebüßt hatte, folgt daraus, daß trotz mehrfacher Durchbrechungen des Art. 138 I in den Jahren 1939 und 1940 eine Reihe von Ablösungen stattfand ⁴⁾, man diese Vorschrift also als noch in Kraft befindlich ansah -, galt er, da er niemals aufgehoben wurde, bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes als einfaches Reichsrecht weiter ⁵⁾.

-
- 1) Auch die Charakterisierung eines Gesetzes als "typisch nationalsozialistisch" durch Bertram (s.o. S.133) -
- die in den Fällen des Art. 138 I wohl kaum möglich ist - macht das Gesetz nicht von vornherein nichtig, wie ausdrückliche Aufhebungen von Gesetzen durch die Besatzungsmächte zeigen (ebenso Stödter, S. 258 f. m.w.N.), ja die Aufhebung eines solchen Gesetzes gilt noch nicht einmal rückwirkend (so auch Stödter, a.a.O.). Da weder solche nationalsozialistischen Gesetze von vornherein unwirksam, also zur Aufhebung von Rechtsgrundlagen ungeeignet waren, noch Gesetze der Alliierten, die solche NS-Gesetze aufhoben, die vor deren Erlass gewesene Rechtslage wiederherstellten, ist auch dieses Argument Bertrams in jedem Falle bedeutungslos.
 - 2) Übrigens hat die Kriegsschadensgesetzgebung des Dritten Reiches alle Rechtsverhältnisse unberührt gelassen und ist deshalb für Art. 138 I unerheblich. vgl. Brennberger, S. 363; Ridder, S. 154.
 - 3) so Hamann, S. 14; Stödter, S. 261 m.w.N.; Weber, Ablösung, S. 16; BVerfG 2,237(250); BVerwG 11, 318(322); schlüssig auch BGHZ 16,192(199 f.), denn Art. 138 I ist keine überpositive Norm.
 - 4) zit. bei Weber, Ablösung, S. 8 f. vgl. auch J.Schmitt, Staatsleistungen, S. 23.
 - 5) Mikat, S.116 m.w.N.; Weber, Die Gegenwartslage, S. 156.

Die Geltung der Weimarer Verfassung von 1933 bis 1945 als einfaches Reichsrecht machte es möglich, daß die Verstöße, die bis zum Jahre 1933 gegen Art. 138 I vorgekommen waren, gewohnheitsrechtlich Recht werden konnten. Infolge der Tatsache, daß diese Verstöße zur Weimarer Zeit als durchaus legal, weil der herrschenden Rechtsüberzeugung entsprechend angesehen wurden, und weil, wie die Weiterzahlung der bei vorzeitigen Ablösungen vereinbarten pauschalierenden Geldrenten auch nach 1933 zeigt, diese Verstöße gegen Art. 138 I weiterhin als legal und damit als geltendes Recht angesehen wurden, ist davon auszugehen, daß diese Maßnahmen gewohnheitsrechtlich Recht geworden sind. Sie sind daher heute selbst auf ihre Tauglichkeit als garantierte Rechtsgrundlagen und Staatsleistungen hin zu untersuchen.

Da die Besatzungsmächte zwischen 1945 und 1949 die oberste Gewalt in Deutschland hatten, konnte dieses einfache Reichsrecht von ihnen durchbrochen werden, so daß möglicherweise zu dieser Zeit aufgehobene Rechtsgrundlagen für Art. 138 I ebenfalls unbeachtlich sind. Aus dieser Rechtslage ergibt sich auch der Einfluß des Dritten Gesetzes zur Neuordnung des Geldwesens (Umstellungsgesetz) v. 27.6.1948 ¹⁾ auf die Rechtsgrundlagen und Staatsleistungen des Art. 138 I. Soweit dies der Fall ist, hat es ihre Rechtsgrundlagen entsprechend umgestaltet, so daß deren neuer Inhalt für Art. 138 I zugrunde-
zulegen ist. Die Bedeutung dieses Gesetzes für diese Bestimmung zeigt sich am besten, wenn von der Unterteilung der Staatsleistungen in Betragsleistungen und Bedarfsleistungen ausgegangen wird:

Dem Umstellungsgesetz unterliegen gem. den §§ 13 III und 16 nur "Reichsmarkverbindlichkeiten und Reichsmarkforderungen".
Aus der Begriffsbestimmung dieser beiden Termini in

¹⁾ Gesetz Nr. 63 der amerikanischen und britischen Militärregierung und VO Nr. 160 der französischen Militärregierung, abgedruckt bei Harmening-Duden, S. 28 ff.

§ 13 III UmstG folgt, daß darunter nur Geldsummenverbindlichkeiten zu verstehen sind und nicht auch Geldwert-, d.h. solche Verbindlichkeiten, deren Umfang sich im Zeitpunkt der Währungsumstellung nicht an dem Wertmesser "Reichsmark" orientierte, sondern an irgendeinem anderen Maßstab ¹⁾. Das Gesetz erfaßt also vor allem keine Bedarfsleistungen und auch nicht alle die Betragsleistungen, die Natural- oder Naturalwertleistungen sind.

Alle anderen Betragsleistungen, die Geldsummensschulden sind, sind vom Umstellungsgesetz betroffen, jedoch nur mit der Folge ihrer Umstellung auf Deutsche Mark im Verhältnis 1:1, da sie alle nicht (nur) dem Art. 16 I UmstG, sondern (auch) dem Art. 18 I Nr. 1 UmstG unterliegen. Dabei ist es gleichgültig, welcher Auslegung des Merkmals "andere regelmäßig wiederkehrende Leistungen" man folgt, d.h. ob man alle regelmäßig wiederkehrenden Leistungen darunter versteht oder nur die, die der Versorgung des Berechtigten dienen ²⁾. Während man unter Versorgung einer natürlichen Person die Beschaffung ihres Lebensunterhalts versteht, kann unter Versorgung einer Religionsgesellschaft nur die Beschaffung der zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen persönlichen und sachlichen Mittel verstanden werden. Da ferner jede Staatsleistung einer Religionsgesellschaft zur Bewältigung ihrer Aufgaben gewährt wird, und sie diese Aufgaben im Interesse ihrer Anhänger durchführt, dient jede Staatsleistung der Befriedigung der religiösen Bedürfnisse der Mitglieder der Religionsgesellschaft und damit ihrer Versorgung mit diesen Dingen ³⁾.

Die Rechtsnormen, die von deutschen Stellen erlassen wurden, sind je nach der Stärke der Einflußnahme der Besatzungsmächte

1) vgl. BGHZ 9, 57 (60 f.); NJW 1957, S. 342 f.; in LM Nr. 11 zu § 18 I Nr. 1 UmstG; Harmening-Duden, § 13 UmstG, Anm. 12 und 13, S. 171-174.

2) vgl. dazu BGHZ 1, 307 ff. und in LM a.a.O.

3) vgl. auch BGH in LM a.a.O.

und nach sonstigen Kriterien deutsches Recht ¹⁾. Solches deutsches Recht konnte Reichsrecht nicht abändern, da nach dem Potsdamer Abkommen Deutschland als wirtschaftliche Einheit anerkannt und eine ungleiche Behandlung der deutschen Bevölkerung verboten war ²⁾. Daraus und aus der Tatsache, daß Deutschland als Staat fortbesteht, folgt, daß das Reichsrecht grundsätzlich unangetastet zu lassen war. Ausnahmen ließen sich nur dann rechtfertigen, wenn die besondere Notlage den Bruch, die Abänderung bestehenden Reichsrechts unumgänglich machte ³⁾. Diese Möglichkeit bestand bei Art. 138 I nicht, so daß etwa aufgehobene Rechtsgrundlagen fortbestehen.

IV. Die Rechtsnatur der Garantien und die aus ihnen folgenden Rechte der Religionsgesellschaften

Die "Gesamtgarantie des Art. 138 I" - dieser Ausdruck wird im folgenden immer dort verwendet, wo die drei in Art. 138 I enthaltenen Garantien zusammen betrachtet werden - kann weder eine institutionelle noch eine Rechtsinstituts-garantie sein, da sie von Verfassungen wegen nur solange bestehen bleibt, bis sie durch die Gesetzgebung beendet wird, es aber begriffsnotwendiger Inhalt der genannten Garantien ist, daß die ihnen zugrundeliegenden Institutionen bzw. Rechtsinstitute nicht durch den einfachen Gesetzgeber

-
- 1) dazu ausführlich BVerfG 2, 181 (199 ff.); Maunz-Dürig, Art. 123, Rdn. 5.
 - 2) zit. nach Peters, Gesetzgebungsrecht, S. 6.
 - 3) vgl. im einzelnen Peters a.a.O.; im Ergebnis ebenso Grewe, S. 97 m.w.N.; Stödter, S. 262 ff. m.w.N. für die Gegenansicht. A.A. Dennewitz in BK Einl. S. 2 (ohne Begründung).

als solche vernichtet oder auch nur ausgehöhlt werden dürfen ¹⁾. In der Weimarer Zeit wurde Art. 138 I in Verbindung mit Art. 173 als selbständige status quo-Garantie angesehen ²⁾, im Gegensatz zur unselbständigen, d.h. der automatisch in jeder institutionellen Garantie enthaltenen status quo-Garantie ³⁾, die hier also von vornherein ausscheidet.

Unter einer selbständigen status quo-Garantie versteht man eine Garantie, die mit Rücksicht auf einen bestimmten Stichtag einen bestimmten tatsächlichen oder (und) Rechtszustand festlegt ⁴⁾ und im allgemeinen den "maßgeblichen", "wenn auch nicht notwendigerweise alleinigen und ausschließlichen Inhalt" einer Verfassungsnorm bildet ⁵⁾. Bedeutungslos für das Vorhandensein einer status quo-Garantie ist, ob die Verfassung ihre Beendigung vorgesehen hat oder nicht. Die in Art. 138 I enthaltene Gesamtgarantie endet mit der Durchführung der Ablösung; sie ist, wie oben ⁶⁾ schon betont wurde, maßgeblicher, weil seinem Sicherungszweck entsprechender, wenn auch nicht ausschließlicher Inhalt und eigentliches Anliegen des Art. 138 I. Die Garantie des Art. 138 I beginnt

-
- 1) Abel, S. 59 ff.; Klein, Garantien, S. 165; v. Mangoldt-Klein, A VI 3a v. Art. 1; Sasse, S. 430; C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 14 f. und Verfassungslehre, S. 170. - Eine Untersuchung darüber, ob den Garantien oder der Gesamtgarantie des Art. 138 I auch Institute bzw. Institutionen zugrundeliegen und welche, erübrigt sich daher.
 - 2) so Klein, Garantien, S. 192 u. 236 ff.; sachlich ebenso C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 16. Von status quo-Garantie sprechen ebenfalls Feldmann-Geisel, S. 77; Huber, Garantie, S. 93 u. Bedeutungswandel, S. 65 Fn. 113; Weber, Ablösung, S. 2; auch Scheuner, Garantien, S. 94.
 - 3) dazu Klein, a.a.O., S. 191 u. 194 ff.; C. Schmitt, a.a.O., S. 15 f.
 - 4) vgl. Klein, a.a.O., S. 192; C. Schmitt, a.a.O., S. 16.
 - 5) Klein, a.a.O.; Sasse, S. 430.
 - 6) S. 114.

mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes; würde sie nur die zu diesem Zeitpunkt schon vorhandenen Staatsleistungen erfassen, dann läge sicher eine status quo-Garantie vor. Da aber danach entstehende Leistungen von dem Zeitpunkt ihres Entstehens an wie die alten Leistungen garantiert sind, ist der beim Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhandene Zustand veränderbar. Art. 138 I würde also nicht einen bestimmten status quo, sondern einen variablen, nämlich den für die Religionsgesellschaften jeweils günstigsten status quo garantieren. Daß auch eine solche Garantie eine echte status quo-Garantie sein kann, wird mit Recht angenommen ¹⁾, denn das Wesen einer jeden status quo-Garantie besteht nicht darin, einen bis zu ihrem Ende absolut unveränderlichen Zustand festzulegen, sondern darin, schon Vorhandenes in vollem Umfange zu garantieren, ohne die Erweiterung (Verbesserung) des Vorhandenen zu verhindern. Damit soll allerdings nicht gesagt werden, daß eine selbständige und variable status quo-Garantie jedes Sachgebiet betreffen kann, sondern nur, daß sie ein Sachgebiet betreffen kann, bei dem die Veränderung nicht bewirkt, daß der früheste in Betracht kommende status quo seinen Inhalt und (oder) seinen Sinngehalt ändert. Variable status quo-Garantien können also in jedem Falle solche sein, die einen rein vermögensrechtlichen, rein rechnerisch bewertbaren Zustand garantieren.

Die status quo-Garantie des Art. 138 I gehört zu dem Normenkomplex des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes, das

¹⁾ so von Klein, Garantien, S. 205 ff. u. S. 238 Fn. 36; C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 17 f. und 19 f. Beide unterscheiden allerdings insoweit nicht zwischen selbständigen und unselbständigen variablen status quo-Garantien.

in Art. 137 II 1 WV die Einrichtungsgarantie "Religionsgesellschaft" enthält. Diese Garantie ist die allgemeine Garantie in Bezug auf die in Art. 137 V 1 WV normierte institutionelle Garantie der Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts ¹⁾ und die besondere Garantie in Bezug auf die in Art. 9 I GG normierte Rechtsintitutsgarantie der Vereine und Gesellschaften ²⁾. Somit ist Art. 138 I eine komplexe (komplementäre) status quo-Garantie ³⁾, denn sie steht in räumlichem und gedanklichem Zusammenhang mit der Einrichtungsgarantie der Religionsgesellschaften ⁴⁾.

-
- 1) Art. 137 V 1 WV sehen als institutionelle Garantie auch an Abel, S. 40 u. 74; Klein, Garantien, S. 236; C.Schmitt, Freiheitsrechte, S. 17.
 - 2) v.Mangoldt-Klein, Art. 9, Anm. III 2, die aber von einer "Lebensform-Garantie" sprechen, was, da Art. 9 I GG nur privatrechtliche Vereinigungen betrifft - so auch v.Mangoldt-Klein, Art. 9, Anm. III 6 a - nur Rechtsinstitutsgarantie im Sinne der herkömmlichen Terminologie - dazu v.Mangoldt-Klein, Vbm. A VI 3 b vor Art. 1; C.Schmitt, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, HdbDStR Bd. II, S. 596 - bedeuten kann. Ebenso Füssel, S. 429 f. A.A. Abel, S. 80, der an die Erfordernisse seiner an sich zutreffenden Begründung, daß "der einfache Gesetzgeber an einen überkommenen Kernbestand von Normen des Vereins- und Gesellschaftsrechts" gebunden sein müsse, damit von einer Garantie gesprochen werden könne, einen zu strengen Maßstab legt.
 - 3) Klein, Garantien, S. 236; allerdings auf Art. 173 WV bezogen; widersprüchlich C.Schmitt, Freiheitsrechte, S. 16 bzw. S. 17.
 - 4) Zum Begriff der komplexen im Unterschied zur isolierten (reinen) status quo-Garantie siehe Klein, Garantien, S. 192 u. S. 232 ff. und C.Schmitt, Freiheitsrechte, S. 16.
Die dort gemachte Beschränkung der komplexen Garantie auf die Fälle, in denen sie zum Normverband einer institutionellen Garantie gehört, ist allerdings unrichtig, wie Art. 137 II 1 WV in Verbindung mit Art. 138 I beweist: Garantiert sind die Religionsgesellschaften des öffentlichen und des Privatrechts, garantiert sind die Staatsleistungen an die öffentlich- und an die privatrechtlichen Religionsgesellschaften: also gehört die komplexe status quo-Garantie auch zum Normverband einer Rechtsinstitutsgarantie.

Wenn es u.a. Inhalt dieser status quo-Garantie ist, daß der Staat bis zum Ergehen der Landesgesetze nicht befugt ist, die Rechtsgrundlagen der Staatsleistungen aufzuheben oder die Staatsleistungen tatsächlich nicht mehr in dem jeweils erforderlichen Umfang zu erbringen, so fragt es sich, ob daraus nicht ein gerichtlich verfolgbarer Anspruch jedes einzelnen Empfängers einer Staatsleistung folgt, daß der ihn betreffende jeweilige status quo unverändert bleibt, Mit anderen Worten gibt Art. 138 I jedem Staatsleistungsempfänger ein subjektives öffentliches Recht, vom Staat zu fordern, Eingriffe in den garantierten Zustand zu unterlassen ¹⁾?

Daß eine institutionelle Garantie Quelle eines subjektiven öffentlichen Rechts des Einzelnen auf Einhaltung dieser Garantie sein kann, ist heute anerkannt ²⁾; wann sie es gewährt, ist durch Auslegung der Vorschrift zu ermitteln ³⁾. So leitet auch das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zu

-
- 1) Dafür Huber, Garantie, S. 94 u. 99 und Bedeutungswandel, S. 65; Liermann, Kirchenrecht, S. 368; J.Schmitt, Staatsleistungen, S. 33; wohl auch Klein, Garantien, S. 241 Fn. 1 und C.Schmitt, HdbDStR Bd. II, S. 594. Dagegen Berner, S. 84 (a l l e ohne Begründung).
 - 2) So hat der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Beschluß vom 11.6.1958 (BVerfG 8,1 (17)) ein grundrechtsähnliches Individualrecht des Einzelnen aus Art. 33 V GG, den er in seinem Beschluß vom 2.12.1958 (BVerfG 8, 332(343)) als institutionelle Garantie ansah, bejaht. Ebenso C.Schmitt, Verfassungslehre, S. 172; Klein, Garantien, S. 176 ff., unklar dagegen in v.Mangoldt-Klein, Vbm. A 4e (S. 69) vor Art. 1. A.A. Abel, S. 68 mit Fn. 99 und m.w.N. zu der hier vertretenen Ansicht: "Subjektive Rechte sind in dieser Gruppe (den institutionellen Garantien) nicht neben den Garantien gewährleistet, sondern innerhalb des Normenkomplexes, der die Rechtsgrundlage der gewährleisteten Institution darstellt. ... Ungenau, wenn die Garantie als Quelle subjektiver Rechte bezeichnet wird ... Die Rechte ergeben sich nicht aus der Garantie, sondern aus der garantierten Institution; sie entstehen nicht etwa mit der Schaffung der Garantie, sondern werden von dieser vorgefunden. Die institutionelle Garantie kann lediglich die verfassungskräftige Sicherung einzelner subjektiver Rechte bewirken."
 - 3) so Klein, Garantien, S. 176.

Art. 33 V GG ein solches Recht aus der Eigenart des beamtenrechtlichen Rechtsverhältnisses her ¹⁾). Für eine status quo-Garantie wurde dieses Problem - soweit ersichtlich - noch nicht untersucht, aber anzunehmen, daß subjektives Recht und status quo-Garantie einander ausschließen, dazu besteht kein Grund. Vielmehr spricht die größere Konkretheit, die genauere Umgrenzbarkeit des Inhalts eines auf sie bezogenen subjektiven Rechts viel stärker für seine Zulässigkeit als bei einer institutionellen Garantie. Dieses Argument gilt in besonderem Maße gerade auch für Art. 138 I, da der Inhaber eines solchen subjektiven Rechts dort ganz genau darlegen kann, welche Leistungen er früher vom Staat bekam, und welche er heute bekommt, welche Rechtsgrundlagen der Staat aufgehoben, welche Leistungen er gekürzt oder welchen Bedarf er nicht gedeckt hat. Für ein subjektives Recht in Art. 138 I spricht auch der Sicherungszweck dieser Garantie bis zur Ablösung. Er wäre nur sehr unvollkommen, wenn es dem Staat möglich wäre, ohne Gegenmaßnahmen der Empfänger von Staatleistungen befürchten zu müssen, die Verfassung zu durchbrechen und somit "auf kaltem Wege" die finanzielle Grundlage der Religionsgesellschaften schmälern zu können. Daher ist jedem Empfänger einer Staatsleistung ein subjektives öffentliches Recht auf Unterlassen von Eingriffen seitens des Staates in den status quo zuzubilligen. Da Art. 138 I mit der Aufstellung der Ablösungsforderung schlüssig auch die Verfassungsgarantie enthält, daß die Leistungen abgelöst und nicht etwa nur aufgehoben werden, hat jede einzelne Religionsgesellschaft auch das subjektive Recht, jede einzelne Ablösungsmaßnahme des Staates auf ihre

1) BVerfG 8,1(17): "Wenn daher das Grundgesetz in Art. 33 V unmittelbar die Gewähr dafür bieten will, daß die beamtenrechtliche Gesetzgebung bestimmten engbegrenzten verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen entspricht, dann liegt die Annahme nahe, daß den hauptsächlich und unmittelbar Betroffenen ein entsprechendes Individualrecht eingeräumt werden soll, damit sie insoweit in Übereinstimmung mit den rechts- und sozialstaatlichen Grundprinzipien ihre verfassungsmäßige Stellung auch rechtlich wahren können".

Verfassungsmäßigkeit hin gerichtlich nachprüfen zu lassen ¹⁾.

Die prozessuale Rechtslage bedarf einer Erörterung nur insoweit, als eine Religionsgesellschaft "selbst, gegenwärtig und unmittelbar" ²⁾ durch ein förmliches Gesetz in einem ihrer Rechte aus Art. 138 I beeinträchtigt wird. Dabei ist zunächst fraglich, ob die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG auch hier gilt. Da sie weder aus sprachlichen - "jemand" kann nicht nur eine natürliche Person sein - noch aus sachlichen Gründen - Zweck dieser Vorschrift ist es, den umfassenden Rechtsschutz zu gewährleisten, und daran haben alle Inhaber von Rechten ein gleich großes und gleich schutzwürdiges Interesse - auf natürliche Personen beschränkt werden muß ³⁾, ist jeder Empfänger einer Staatsleistung "jemand" im Sinne des Art. 19 IV GG. Bestritten ist dagegen, ob auch gesetzgeberische Akte als "öffentliche Gewalt" anzusehen sind ⁴⁾. Die Schriftsteller, die diese Frage verneinen, argumentieren damit, daß die Art. 93 I Nr. 2 und 100 I GG zu dieser Folgerung zwingen. Diese Begründung ist jedoch nicht stichhaltig, denn diese beiden Vorschriften wenden sich gerade nicht an "jemand", d.h. an jedermann, sondern nur an ganz bestimmte Berechtigte. Zuzustimmen ist Hesse ⁵⁾ jedoch darin, daß das zuständige Gericht die Rechtsverletzung des Klägers durch das Gesetz und damit die Ver-

1) so auch Huber, Garantie, S. 61.

2) Ausdruck bei Maunz-Dürig, Art. 19 IV, Rdn. 18.

3) vgl. Hesse, Rechtsschutz, S. 98; v. Mangoldt-Klein, Art. 19, Anm. VII 1; Maunz-Dürig, Art. 19 IV, Rdn. 16; Wernicke in BK, Art. 19, Anm. II 4 a; unklar Hamann, Art. 19, Anm. B 13.

4) verneinend Hesse, a.a.O., S. 90; v. Mangoldt-Klein, Art. 19, Anm. VII 2 d; bejahend Maunz-Dürig, Art. 19 IV, Rdn. 18; Wernicke, a.a.O., Anm. II 4 e; Hamann, a.a.O., Anm. B 14.

5) a.a.O., S. 90; vgl. auch Hamann, Art. 100, Anm. B 2; unklar Maunz-Dürig, Art. 19 IV, Rdn. 18 (cc.).

fassungswidrigkeit des betreffenden Gesetzes insgesamt oder nur auf den betreffenden Kläger bezogen nicht selbst feststellen, sondern nur nach Art. 100 I GG vorgehen kann.

Tauglicher Rechtsweg ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 VwGO, denn auch in diesem Fall, in dem der Kläger seinen Anspruch unmittelbar auf Art. 138 I stützt (und nicht bloß die Verfassungswidrigkeit eines Verwaltungsaktes geltend macht), liegt keine verfassungsrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 VwGO vor: sei es nun, daß man als eine solche nur die bezeichnet, für die der Verfassungsrechtsweg eröffnet ist ¹⁾ - was hier nicht der Fall ist - oder daß man nur die "eentlichen Verfassungsstreitigkeiten" darunter begreift, die dadurch gekennzeichnet sind, daß sie eine Rechtsverletzung des einzelnen Staatsbürgers nicht zum Gegenstand haben können, da sie nur auf der Ebene der Gleichordnung und nur bei "Fragen p o l i t i s c h e r Art ... nicht zwischen Einzelpersonen und Behörden, sondern zwischen den obersten Staatsorganen oder in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Staatsorgan" ²⁾ vorliegen können.

1) formale Betrachtungsweise!
so Schunck-de Clerck, § 40, Anm. 2 a aa.

2) so Eyermann-Fröhler, § 40, Rdn. 61-63;
sachlich ebenso Ule, S. 31. Materiale Betrachtungsweise!

IV. Kapitel: Zusammenfassende Würdigung des Art. 138 I
=====

Art. 138 I verfolgt das Anliegen, bestimmte finanzielle Beziehungen zwischen Staat und Religionsgesellschaften zu beenden, ohne für die Zeit nach seiner Durchführung neue gleichgeartete Beziehungen zu verbieten. Dieses Anliegen entspricht der Konzeption des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes, das Staatskirchenrecht von dem den Grundgedanken dieses Systems widersprechenden historischen Ballast zu befreien und es Staat und Religionsgesellschaften zu ermöglichen, ihre Beziehungen frei von unzeitgemäßen Überlieferungen neu zu gestalten.

Das erste Kapitel der Untersuchung hat gezeigt, daß Art. 138 I, was den Umfang der von ihm erfaßten finanziellen Beziehungen angeht, diesem Anliegen Rechnung trägt. Er erfaßt alle unbefristeten vermögenswerten Zuwendungen, die der nicht erwerbswirtschaftlich-fiskalisch tätig werdende Staat einer Religionsgesellschaft selbst, einem ihrer Institute oder Bediensteten gewährt, und die auf einem Rechtstitel beruhen. Eingeschränkt wird dieser weite Anwendungsbereich nur dadurch, daß lediglich auf dem Haushaltsgesetz beruhende Leistungen nicht auf einer für Art. 138 I tauglichen Rechtsgrundlage beruhen und daß die einer Religionsgesellschaft zur Verfolgung eines auch zugleich staatlichen Anliegens gewährten Beträge nicht "an die Religionsgesellschaften" gezahlt werden. - Die Beendigung dieser finanziellen Beziehungen durch Ablösung, d.h. durch Aufhebung der bestehenden Rechtsbeziehungen und ihre Ersetzung durch eine den Wert der aufgehobenen Rechtsbeziehung voll aufwiegende einmalige oder befristete Ablösungsleistung, entspricht der Anerkennung, die die Arbeit und das Anliegen der Religionsgesellschaften durch den Staat im kirchenpolitischen System des Grundgesetzes erfahren haben und die jegliche Schmälerung ihrer finanziellen Grundlage von vornherein ausschließt.

Dieses erste Kapitel konnte sich im wesentlichen darauf beschränken, die schon zur Weimarer Zeit erörterte Problematik neu aufzurollen; dazu kann abschließend festgestellt werden, daß diese Problematik in keinem Fall aus Gründen der Übernahme des Art. 138 I ins Grundgesetz zu einer anderen Auslegung als in Weimar zwang. Demgegenüber war im zweiten Kapitel, das den Fragenkomplex der Kompetenzen des Art. 138 I behandelt, nicht nur infolge der Übernahme der Vorschrift ins Grundgesetz, sondern auch infolge der teilweise recht stiefmütterlichen Behandlung dieses Gegenstandes zur Weimarer Zeit eine umfassende neue Grundlegung erforderlich. Folgende Ergebnisse wurden erarbeitet:

Die Durchführung des Ablösungsbefehls ist Bund und Ländern gemeinschaftlich mit der Maßgabe anvertraut, daß die Länder vor dem Tätigwerden des Bundes keine Ablösungsmaßnahmen treffen und daß die vom Bund aufzustellenden Grundsätze keinen materiellen Ablösungsakt enthalten dürfen. Die Ablösungsregelung muß mit den Religionsgesellschaften nur in den Fällen vereinbart werden, in denen völkerrechtliche Rechtssätze es verlangen; immer aber müssen die gesetzgebenden Körperschaften des Bundes bzw. jedes einzelnen Landes der jeweils getroffenen Ablösungsregelung zustimmen. Die Bundesgrundsatzkompetenz des Art. 138 I 2 ist ein Fall der Grundsatzkompetenz des Reiches zur Weimarer Zeit. Für das Maß der dem Bund gestatteten Regelung gelten daher die von Wissenschaft und Praxis zur Grundsatzkompetenz und zu ihrem Nachfolger, der Rahmenkompetenz, erarbeiteten Prinzipien, jedoch mit der sich aus der Auslegung des Art. 138 I ergebenden Einschränkung, daß der Bund nur Richtlinien für die Länder, nicht aber für die einzelne Religionsgesellschaft unmittelbar verbindliche Rechtsnormen erlassen darf. -

Grundgesetz-systematisch gesehen ist diese Kompetenz eine

beschränkte ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Dieses Ergebnis wurde gefunden durch eine neue Deutung des Systems der Gesetzgebungszuständigkeiten des Grundgesetzes, die sich als Mittelmeinung zu den bisher vertretenen Ansichten darstellt. Dieses System geht davon aus, daß das Grundgesetz vier selbständig nebeneinander stehende Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes kennt, von denen jede aus zwei Merkmalen besteht: aus je einem Merkmal der Gruppe "ausschließliche" und "konkurrierende" Zuständigkeit und aus je einem Merkmal der Gruppe "volle" und "beschränkte" Zuständigkeit. Dieses System hat gegenüber den anderen Auffassungen den Vorteil, daß es einen klaren systematischen Leitgedanken für die grundgesetzliche Regelung aufzeigt, der es ermöglicht, die Art. 70 II, 71, 72, 124 und 125 GG funktionsgerecht auszulegen. Es vermeidet die Schwächen in der Argumentation der Vertreter der Gegenmeinungen, weil es sowohl dem Art. 70 II GG eine Bedeutung beimessen kann als auch die beschränkte Kompetenz ihrem Wesen entsprechend zu behandeln vermag.

Das dritte Kapitel schließlich beschäftigt sich mit der für die Zeit bis zur Durchführung der Ablösung und damit für den Alltag der Finanzlage der Religionsgesellschaften bedeutsamen Garantiefunktion des Art. 138 I. Diese garantiert, daß alle bei Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhandenen, d.h. vor diesem Zeitpunkt nicht rechtsgültig aufgehobenen, und alle später hinzukommenden tauglichen Rechtsgrundlagen nur durch Ablösung aufgehoben werden dürfen, also bis zur Ablösung bestehenbleiben müssen, und daß die auf ihnen beruhenden Staatsleistungen bis zur Ablösung auch tatsächlich zu erbringen sind. Diese Garantie gilt ausnahmslos, es sei denn, die Erbringung einer Leistung wird unmöglich oder eine Religionsgesellschaft verzichtet endgültig auf ihre Erbringung und ihre Berücksichtigung bei der Ablösung. Die Leistungen müssen in ihrem Umfang den Erfordernissen ihrer

Rechtsgrundlagen entsprechen; deshalb ist ihre Höhe der Entwicklung von Geldwert und Lebensstandard anzupassen. Die Ablösungsleistung, deren Höhe sich ebenfalls nach dem Inhalt der Rechtsgrundlage richtet, ist unter Zugrundelegung der voraussichtlichen Gesamtentwicklung von Volk und Staat zu berechnen. - Der Rechtsnatur nach ist die Gesamtgarantie des Art. 138 I eine komplexe und variable status quo-Garantie. Sie verleiht jeder Religionsgesellschaft das klagbare Recht, nicht nur jede Ablösungsmaßnahme auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin gerichtlich überprüfen zu lassen, sondern auch, vom Staat zu verlangen, jeden Eingriff in den bestehenden Zustand zu unterlassen und seine Leistungen den Erfordernissen der Rechtsgrundlage anzupassen.

Wenn auch die Durchführung des Art. 138 I eine weitgehende und angemessene, weil dem Inhalt des kirchenpolitischen Systems des Grundgesetzes entsprechende Entflechtung der finanziellen Beziehungen von Staat und Religionsgesellschaften zur Folge hätte, so kann der in dieser Bestimmung festgelegte Weg zur Bewältigung dieses Problems dennoch nicht als glücklich angesehen werden. Art. 138 I wirkt in keiner Weise dynamisch in Richtung auf die Durchführung der Ablösung, sondern vielmehr bewahrend in Richtung auf eine Konser-vierung des bestehenden Zustandes. Die von ihm vorausgesetzte komplizierte Feststellung der Rechtsgrundlage jeder einzelnen Staatsleistung, die Sperre jeglicher Ablösungstätigkeit der Länder vor Erlass der Bundesgrundsätze und die Möglichkeit der Ablösungspartner, bis zur Durchführung der Ablösung einen ihrem Verhältnis und dem kirchenpolitischen System entsprechenden modus vivendi zu vereinbaren, haben bewirkt, daß die Ablösung auf Eis gelegt und die Garantiefunktion in den Vordergrund getreten ist. Mithin hat sich die Ansicht von Carl Schmitt ¹⁾, diese Ablösungsvorschrift enthalte einen dilatorischen Formelkompromiß, auch unter der Herrschaft des Grundgesetzes bestätigt.

1) Verfassungslehre, S. 33 f.

Lebenslauf

Als Sohn des wissenschaftlichen Assistenten Dr. Werner Zündorf und seiner Ehefrau Hanni, geb. Cleeff, wurde ich am 19. Oktober 1940 in Jena/Thür. geboren. Nachdem ich ein Jahr lang in die dortige Volksschule gegangen war, übersiedelten meine Mutter und ich - mein Vater war seit 1943 vermißt - nach Mettmann im Rheinland. Dort besuchte ich weitere zweieinhalb Jahre die Volksschule und anschließend neun Jahre lang das Städtische Neusprachliche Gymnasium, an dem ich Ostern 1960 das Abitur bestand.

Im Sommersemester 1960 begann ich in Göttingen mein juristisches Studium. Nach zwei Semestern ging ich für die gleiche Zeit nach Berlin, anschließend für ein Semester nach Bonn und für die restliche Studienzeit nach Münster. Am 17. Oktober 1964 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Danach studierte ich zwei Semester lang Volkswirtschaft. Seit dem 1. September 1965 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

